

Resumen

El TS desestima el recurso contencioso interpuesto por Vodafone España contra la Ordenanza Municipal reguladora de la Instalación y Funcionamiento de infraestructura radioeléctrica para el término de municipal de Tuineje. Determinada la competencia del ayuntamiento para aprobar la ordenanza impugnada, la Sala confirma la legalidad de la prohibición de instalar dentro de la delimitación del conjunto histórico artístico así como en edificios catalogados y en Espacios Naturales, y la posibilidad de exigir la renovación de las licencias, desestimando el resto de motivos formulados contra la obligación de adaptación a la mejor tecnología disponible y el régimen transitorio.

NORMATIVA ESTUDIADA

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

art.7.d , art.8.6

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

art.44

Ley 11/1994 de 26 julio 1994. Ordenación Sanitaria de Canarias

art.28

Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

art.42.3

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

art.28

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

art.25

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

COMPETENCIAS

Delimitación con las CCAA

Del Estado

Urbanismo

ADMINISTRACIÓN LOCAL

SERVICIOS DE LAS CORPORACIONES LOCALES

Cuestiones generales

URBANISMO

Ordenación urbanística

Ordenación del territorio

Competencias

Competencias concurrentes

TELECOMUNICACIONES

ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

TELEFONÍA MÓVIL

OTRAS EMPRESAS DE TELEFONÍA

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Recurso contencioso-administrativo

Legislación

Aplica art.7.d, art.8.6 de RD 1066/2001 de 28 septiembre 2001. Rgto. sobre condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas

Aplica art.44 de Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones

Aplica art.28 de Ley 11/1994 de 26 julio 1994. Ordenación Sanitaria de Canarias

Aplica art.42.3 de Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

Aplica art.28 de Ley 7/1985 de 2 abril 1985. Reguladora de Bases de Régimen Local

Aplica art.25 de D de 17 junio 1955. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales

Cita art.26.2 de Ley 32/2003 de 3 noviembre 2003. Ley General de Telecomunicaciones

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

Cita Ley 1/1998 de 8 enero 1998. Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y actividades Clasificadas en la C.A. Canarias

Cita art.140 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.26, art.44, art.62 de Ley 230/1963 de 28 diciembre 1963. General Tributaria

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STSJ Canarias (LPal) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 junio 2009 (J2009/168565)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STSJ Canarias (LPal) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 enero 2009 (J2009/59354)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STS Sala 3ª de 23 septiembre 2008 (J2008/178510)

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

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STSJ Canarias (sede Santa Cruz) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 diciembre 2007 (J2007/328352)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STSJ Canarias (LPal) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 27 abril 2007 (J2007/149341)

Cita en el mismo sentido STSJ Canarias (LPal) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 7 febrero 2007 (J2007/53926)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - OTRAS EMPRESAS DE TELEFONÍA STS Sala 3ª de 3 abril 2007 (J2007/21926)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STS Sala 3ª de 23 noviembre 2006 (J2006/331188)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STS Sala 3ª de 4 mayo 2005 (J2005/71611)

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STSJ Canarias (LPal) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 septiembre 2004 (J2004/216132)

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

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 26 febrero 1999 (J1999/4293)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 28 octubre 1997 (J1997/6344)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 15 abril 1997 (J1997/3099)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 5 febrero 1996 (J1996/373)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 18 marzo 1995 (J1995/1541)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 22 junio 1994 (J1994/11576)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 20 diciembre 1990 (J1990/11805)

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

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 11 junio 1987 (J1987/98)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 10 abril 1986 (J1986/42)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 4 febrero 1983 (J1983/6)

Cita sobre TELECOMUNICACIONES - ADMINISTRACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES STSJ Canarias (LPal) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 noviembre 2006 (J2006/386657)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte demandante se interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Ordenanza Municipal reguladora de las Normas Urbanísticas y Medioambientales para la instalación y funcionamiento de infraestructura radioeléctrica para el término de municipal de Tuineje.

SEGUNDO.- Admitido a trámite se dio al mismo la publicidad legal y se reclamó el expediente administrativo; recibido se confirió traslado al recurrente para que formalizara la demanda, lo que efectuó en legal forma por medio de escrito que en lo sustancial se da por reproducido, y en el que terminaba suplicando se dicte Sentencia por la que se declare la nulidad de las Resoluciones impugnadas, condenando a la Administración demandada al pago de las costas procesales.

TERCERO.- Se confirió traslado de la demanda por término legal a la Administración demandada, quien contestó oponiéndose al recurso y solicitando su desestimación, con imposición de costas a la parte actora.

CUARTO.- Recibido el juicio a prueba se practicó con el resultado que obra en autos, evacuándose por las partes sus respectivos escritos de conclusiones que obran unidos al recurso, señalándose día para su votación y fallo, lo que se efectuó con el resultado que ahora se expresa. Se han observado las formalidades de tramitación, siendo ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a Inmaculada Rodríguez Falcón.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la Ordenanza Municipal reguladora de las Normas Urbanísticas y Medioambientales para la instalación de infraestructura radioeléctrica para el término de municipal de Tuineje.

El primer motivo de impugnación es la falta de competencia de las entidades locales para regular la materia de telecomunicaciones.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la competencia municipal en esta materia es reiterada al admitir la existencia de competencia municipal. La sentencia de 4 de mayo de 2005 EDJ 2005/71611 señala 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."

Con, este preámbulo, hemos de entrar a considerar los motivos de impugnación que se presentan:

1.- Nulidad de pleno derecho de la Ordenanza por vulneración del procedimiento legalmente establecido, al omitir el informe preceptivo emitido por la Administración General del Estado, como obliga el artículo 26.2 de la Ley 32/2003 EDL 2003/108868 , General de Telecomunicaciones, sobre necesidad de redes públicas en el ámbito local al que se refiere.

El artículo 26.2 de la Ley 32/2003 de 3 noviembre EDL 2003/108868 2003 dispone que "2 . Los órganos encargados de la redacción de los distintos instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recabar de la Administración General del Estado el oportuno informe sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial a que se refieran.

Los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas contenidas en los informes emitidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y garantizarán la no discriminación entre los operadores y el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en el sector."

La Ordenanza en el TRLOTENC no es un instrumento de planificación sino a lo sumo pudiera ser un instrumento de Ordenación como "Ordenanza Municipal de Edificación y Urbanización" prevista en el artículo 40 del TRLOTENC, Decreto 1/2000, para regular todos los aspectos morfológicos, incluidos los estéticos, y cuantas otras condiciones, no definitivas directamente de la edificabilidad y destino del suelo, sean exigibles para la autorización de los actos de construcción y edificación, incluidas las actividades susceptibles de autorización en los inmuebles que deberán ajustarse a las disposiciones relativas a la seguridad, salubridad, habitabilidad y calidad de las construcciones y edificaciones y ser compatibles con los instrumentos de planeamiento de ordenación urbanística y las medidas de protección del medio ambiente urbano y el patrimonio arquitectónico e histórico-artístico.

Expresamente el artículo 40.3 del TRLOTENC dispone que "3 . Los instrumentos de planeamiento urbanístico no podrán establecer determinaciones propias de las Ordenanzas Municipales de Edificación y Urbanización, remitiéndose a las mismas, de forma genérica o específica."

Luego, en principio, existe la competencia municipal y la Ordenanza impugnada no sería nula por omisión del procedimiento, puesto que, se este informe se exigiría para los instrumentos de planeamiento y esta Ordenanza tiene por objeto "regular las condiciones urbanísticas y medioambientales a las que deben someterse la ubicación, instalación y funcionamiento de las infraestructuras radioeléctricas de telecomunicación." (artículo 1). Por tanto, en principio, el Ayuntamiento de Mogan se habría limitado a regular cuestiones urbanísticas y medioambientales, en el ejercicio de sus competencias, y por tanto, el uso de la competencia sería conforme a derecho.

El Tribunal Supremo en relación a un motivo idéntico de impugnación dijo en sentencia de 28 de noviembre de 2006 en relación al alcance del informe respecto al artículo 44 que precedió al 26 de la LGT EDL 1963/94 , y dijo: " En cualquier caso, consideramos que la Sala de instancia está otorgando al art. 44.3 de la Ley General de Telecomunicaciones un alcance que objetivamente no tiene, una lectura del mismo nos conduce a plantear que el informe del Ministerio de Fomento, al cual se alude con reiteración en la sentencia y es la causa principal de la declaración de nulidad que ésta postula en relación con varios preceptos, está ligado al establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, sin que ello quiera decir que cualquier directriz de planeamiento que imponga la Ordenanza en relación con los requisitos a tener en cuenta para la instalación de antenas de telefonía, precise de este informe previo. El informe previo en cuestión a cargo del Ministerio de Fomento se entiende preceptivo en la tramitación específica del instrumento de planeamiento, siempre que éste haga mención expresa a la instalación de las antenas de telefonía en cuanto que éstas forman parte de las redes públicas de telecomunicaciones; es decir, que el Ministerio tendrá que intervenir cuando esas directrices a las que hace alusión la Ordenanza se materialicen en instrumentos urbanísticos singulares, no antes.... El referido informe se recabará cuando estas directrices se lleven a efecto en un instrumento de planeamiento u urbanístico concreto, sin necesidad de que la Ordenanza haga un pronunciamiento expreso sobre ello porque ya lo hace de forma expresa la Ley"

Por tanto este motivo de impugnación ha de ser desestimado.-

SEGUNDO.- Se impugnan igualmente, los artículos 23 y 24 por ser improcedente la exigencia de una licencia de actividad clasificada. La tesis impugnatoria es que no existe ningún fundamento jurídico o fáctico para que el Ayuntamiento de Tuineje, adopte medidas sobre la base de que nos encontramos ante una actividad clasificada.

Artículo 23 .

1. Estarán sometidos a licencia municipal previa instalación, con obra en su caso, los equipos de telecomunicaciones.

A efectos previstos en esta Ordenanza las actividades reguladas en la misma se clasifican, de conformidad con los criterios establecidos en la Ordenanza de tramitación de licencias vigentes, en:

Actividades inocuas.

Actividades clasificadas.

2. Son actividades inocuas las actividades que tienen por objeto los conjuntos de recepción de los servicios de televisión y radiodifusión y la instalación de estaciones de radioaficionados.

3. Son actividades clasificadas, las actuaciones que tienen por objeto la instalación de Estaciones Base de Telefonía Móvil, así como aquellas que tienen por objeto la instalación de los equipos y elementos de emisión y transmisión (reemisión y repetición) de las señales de televisión y radiodifusión.

Artículo 24 .

1. Las actividades clasificadas se tramitarán conforme determina la Ley 1/1998, de 8 de enero del Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas EDL 1998/42411 . Deberán estar acompañadas de la documentación prevista por las Normas Subsidiarias

con carácter general, incluyendo Proyecto Técnico visado por el colegio correspondiente, además de la documentación complementaria, como mínimo, que a continuación se señala:

a) Un estudio de evaluación ambiental que describa detalladamente la posible incidencia del funcionamiento de la actividad en el medio ambiente exterior e interior de las edificaciones y construcciones, de su entorno, expresando los siguientes datos:

Certificación expedida por el órgano de la administración competente que acredite el cumplimiento de las normas técnicas estatales vigentes en la materia.

Impactos ambientales producidos por ruidos y vibraciones y por la expulsión forzada de aire caliente viciado.

Medidas correctoras que se propone instalar para eliminar dichos impactos y grado de eficacia.

b) Cuando se trate de equipos a instalar en las cubiertas o azoteas de un edificio certificación expedida por técnico competente, acreditando que se cumple con la normativa de prevención de incendios vigente y que la estructura del edificio soporta sin problemas el sobrepeso de las instalaciones.

c) Documentación gráfica ilustrativa del impacto visual de la instalación y justificativa del emplazamiento y de la solución de instalación elegidos incluyendo:

Fotomontajes (cuando sea posible).

Planos, a escala adecuada de ubicación de la instalación en edificio o lugar y la instalación del cableado.

d) En caso de ubicación en Suelo Rústico, la documentación complementaria indicada por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias.

Esta Sala se ha pronunciado sobre esta cuestión en la sentencia dictada en el recurso 252/2006 de 19 de enero EDJ 2009/59354 , respecto a otra Ordenanza, en la que dijimos que:

"La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2006 señala que los Ayuntamientos no son competentes para la regulación de la materia cuando exista una regulación estatal o Autonómica, y que en materia de actividades clasificadas habrá de estarse a lo que dispongan, si existen, las Leyes y Reglamentos de las Comunidades Autónomas, y por tanto de la mera remisión a la Ley Autonómica, no cabe inferir, ninguna infracción, ni menos cuando se hace, como se ha visto, para el caso de que sea aplicable, pues en el caso de que sea aplicable, no es que el Ayuntamiento pueda autorizar su aplicación, sino que esta obligado a cumplirla, y ello cualesquiera que sean sus consecuencias, a salvo, obviamente, que se hubiere impugnado la Ley Autonómica, por infringir la norma estatal, que no es el supuesto de autos.

Esta Sala en sentencias de 24 noviembre 2006 EDJ 2006/386657 y 27 de abril de 2007 EDJ 2007/149341 ha señalado en relación a Ordenanzas similares que lo que se impone es que determinadas instalaciones obtengan licencia de apertura de actividad clasificada pero siempre de acuerdo con la Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas, Ley 1/1998 que en su artículo 34 establece que es el Gobierno de Canarias quien aprueba el nomenclátor de las actividades clasificadas, que en ningún caso tiene carácter limitativo pudiendo ser calificadas como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas otras actividades no comprendidas en él, que respondan a las definiciones del art. 2.1 de esta ley .

Consideramos que el Ayuntamiento, en estos artículos, expone que a su parecer es una actividad clasificada y la tramitará como tal, remitiendo al solicitante de la licencia al Cabildo que es quien, a la postre, determinará si la actividad es o no clasificada. Estos artículos interpretados de esta manera no serían contrarios al ordenamiento jurídico, porque la ley autonómica en sus artículos 15 siguientes prevén la intervención de los Ayuntamientos en el inicio de la tramitación de estas actividades clasificadas; luego interpretando los preceptos en el ámbito de la Ley 1/98 no lo consideramos contrario al ordenamiento jurídico.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias en su sede de Tenerife en sentencia de 28 de diciembre de 2007 EDJ 2007/328352 ha señalado que el "sometimiento de las infraestructuras radioeléctricas incluidas en el ámbito de la Ordenanza a la obtención de licencia de obra, actividad y funcionamiento (artículo 10), es conforme a derecho. No cabe duda del impacto que una instalación de esas características supone, y sobre la necesidad de someterla a la autorización previa de la Administración para comprobar el cumplimiento de la normativa urbanística y ordenanzas dictadas sobre las mismas en ejercicio de la competencia municipal en estas materias, instalaciones de nueva planta que requieren la obtención previa de licencia urbanística, como la Sala ha ratificado en innumerables casos, así como también requieren de licencia de actividad clasificada"

Este criterio fue reiterado por la Sala en sentencia de 1 de junio de 2009 (r.c.a 274/2006) EDJ 2009/168565

En sentencia anterior de 24 de noviembre de 2006, (rec 1762/2003) EDJ 2006/386657 , en relación a la Ordenanza del Ayuntamiento de Tegui, señalamos que lo que exigen estos preceptos es que "determinadas instalaciones obtengan licencia de apertura de actividad clasificada pero siempre de acuerdo con la Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas, Ley 1/1998 que en su artículo 34 establece que es el Gobierno de Canarias quien aprueba el nomenclátor de las actividades clasificadas, que en ningún caso tiene carácter limitativo pudiendo ser calificadas como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas otras actividades no comprendidas en él, que respondan a las definiciones del art. 2.1 de esta ley ." Por tanto, el "el Ayuntamiento lo único que hace es remitir al operador al Cabildo quien se pronunciará respecto a si la actividad es o no clasificada, y en este punto, no consideramos contrario al ordenamiento jurídico este precepto, porque el mismo remite expresamente a la propia ley, luego interpretando el precepto en el ámbito de la Ley 1/98 no lo consideramos contrario al ordenamiento jurídico."

Concluyendo, los artículos de la Ordenanza de Tuineje impugnados, son conformes a derecho, en cuanto se remiten a la Ley de Actividades Clasificadas, en la que Ayuntamiento, al recibir la solicitud de licencia tiene que hacer una primera valoración o preclasificación, para decidir si remite al Cabildo la solicitud presentada porque pudiera tratarse de una actividad clasificada o no. Pues bien, la Ordenanza, es informar públicamente, de como va a tramitar la actividad, y decide que pudiendo ser actividad clasificada, la va a remitir al Cabildo, exigiendo la documentación necesaria para ello. El Ayuntamiento ostenta las competencias y las ejerce en esta Ordenanza para solicitar a la parte que inste la clasificación de la actividad y que acompañe los documentos a los que se refiere el artículo 15 de la Ley 1/1998 . El Ayuntamiento no puede decidir ni decide en estos artículos que es una actividad clasificada, pero si puede entender que lo debería ser y, por tanto, requiere al solicitante para que aporte la documentación necesaria que será remitida al Cabildo para que emita el correspondiente informe. Interpretados los artículos de esta manera, consideramos que no procede su anulación.

También impugna el recurrente la exigencia de un Estudio de evaluación Ambiental, en cuanto la Comunidad Autónoma con competencias medioambientales, no ha exigido medidas adicionales de protección. Hemos de convenir con el recurrente que el nombre pudiera hacer pensar en medidas ambientales adicionales, sin embargo, el contenido exigido para el citado estudio de evaluación ambiental, es mínimo, y se circunscribe a las competencias municipales, de evitar ruidos y molestias a los vecinos de su municipio. No solicitan requisitos ambientales adicionales, sino simplemente y para constancia en su expediente, que se le aporte el certificado que acredite que cumple con las normas técnicas estatales vigentes en la materia, y garantiza y documenta en el expediente, que los ruidos, los impactos visuales y las molestias que puedan sufrir los vecinos por la instalación se han minimizado y figuran justificados.

TERCERO.- Inecesidad de la presentación del plan de implantación para la concesión de la licencia (artículos 12, 25 y 26)

La sentencia de 19 de enero de 2009, (rec 2525/2006) EDJ 2009/59354 respecto a la Ordenanza de Arrecife afirmó que:

el programa de implantación es una previsión dirigida a los operadores de informar al Ayuntamiento en relación con el despliegue actual de la red y las previsiones futuras de implantación y desarrollo del conjunto de la red, con el fin de la adecuada integración de estas instalaciones en la ordenación medioambiental y territorial.

Al respecto, el Plan de implantación responde a los principios de compatibilización y armonización. La regulación de un programa de implantación y desarrollo de los operadores de telecomunicación ninguna determinación contiene que incida en las características o especificaciones técnicas de las instalaciones o equipos que impida el ejercicio por los operadores de sus competencias. Su finalidad

exclusiva es poner orden en una materia que por sus singulares características requiere una regulación específica compatibilizadora de los intereses de los operadores y de los entes municipales.

No estamos, por ello, en abstracto, ante una exigencia desproporcionada, al tener por finalidad proporcionar la información necesaria para la adecuada integración de las instalaciones en la ordenación medioambiental y territorial, y asegurar el cumplimiento de las limitaciones establecidas en la legislación vigente.

El Tribunal Supremo ha advertido en sentencia de 15 de diciembre de 2003 EDJ 2003/187108 que "no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento". E igualmente la sentencia del mismo Tribunal anteriormente citada de 23 de noviembre de 2006 EDJ 2006/331188 y la de 23 de septiembre de 2008 EDJ 2008/178510 "Y es que es de lógica la exigencia que establece la Ordenanza aquí discutida en el art. 4.1 relativa a que la instalación de esos elementos o equipos de telecomunicación vaya precedida de la aprobación previa de un programa de implantación que justifique la solución propuesta y se refiera a otras alternativas posibles, programa que deberá ajustarse a las normas técnicas aprobadas por el Ministerio competente y a la Ordenanza local, y como lógico corolario de lo anterior nada impide que el art. 5 de la Ordenanza disponga que ese programa de implantación se presente ante la autoridad municipal para que a la vista del mismo se recaben los informes necesarios de organismos o servicios municipales dirigidos a comprobar que los mismos cumplen aquellas condiciones urbanísticas de ubicación e instalación a que se refiere el art. 1 de la Ordenanza y para lo que es competente el Ayuntamiento, que no puede invadir aquellos otros aspectos técnicos propios de la competencia del Estado."

La Ordenanza impugnada permite al operador en sus artículos 4 y 15.2 presentar un Programa de Implantación y Desarrollo conjunto de toda la red con la solicitud de licencia, pero también permite un Programa de Implantación de desarrollo conjunto para ofrecer servicio a una determinada zona. La interpretación conjunta de los artículos como señala el Ayuntamiento en su contestación no implica que hayan de presentarse tantos programas como solicitudes de licencia.

Por lo que este motivo ha de ser desestimado.-

CUARTO.- Extralimitación competencial al imponer distancias de protección.

El artículo 3. 2. de la Ordenanza dispone que "Queda prohibida la colocación de instalaciones o antenas de telefonía móvil a menos de 100 metros a cualquier vivienda y a 200 metros de centros educativos, sanitarios o geriátricos, espectro de la población más propensa a resultar afectada en su salud. Asimismo, se limitará también este tipo de instalaciones en la proximidad de centros laborales, zonas deportivas y cualquier zona de afluencia masiva de público. En cualquier caso se habrá de respetar los niveles de emisión establecidos a nivel Estatal actualmente establecido en el artículo 62 de la LGT EDL 1963/94 en relación con el artículo 6 del RD 1066/2001 EDL 2001/28611 .

En sentencia de 7 de octubre de 2008, rec 19/2006, Ordenanza de Puerto del Rosario admitimos que " Son determinaciones que imponen condiciones al ejercicio del derecho de ocupación por los operadores, que pueden estar justificadas por razones de protección de la salud pública o de la seguridad pública como reconoce la LGT. Por ello, consideramos que se trata de condiciones - y no prohibiciones-- que no inciden en cuestiones ajenas a la competencia municipal, que incluye la relativa a preservar los intereses municipales en materia de salubridad pública. Se trata de una exigencia que no es desproporcionada y que no supone tampoco una trasgresión de normas técnicas de competencia estatal, ni supone una restricción absoluta al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, sino que se limita a exigir, en los que denomina centros sensibles, que identifica claramente, un nivel máximo de densidad de potencia para las frecuencias de telefonía móvil."

En la tan citada sentencia de 19 de enero de 2009, rec 252/2006 EDJ 2009/59354 , Ordenanza de Arrecife dijimos que " El artículo 11 de la Ordenanza ciertamente impone límites de exposición a las emisiones, pero únicamente para remitirse a la legislación existentes " La instalación y el funcionamiento de las infraestructuras radioeléctricas deberán observar con rigor la normativa vigente en materia de exposición humana a los campos electromagnéticos, en especial la establecida en el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre EDL 2001/28611 , por el que se aprueba el Reglamento que establece, entre otras, medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, y en particular:

A) No podrán establecerse nuevas instalaciones radioeléctricas o modificar las existentes cuando de su funcionamiento conjunto pudiera suponer la superación de los límites de exposición establecidos en la normativa aplicable.

B) En las instalaciones de equipos pertenecientes a redes de telecomunicación se adoptarán las medidas necesarias para garantizar las debidas condiciones de seguridad y la máxima protección a la salud de las personas. En particular, estas medidas se Extremarán sobre espacios sensibles tales como escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos.

Por tanto, no es más que la aplicación o remisión general al Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611 y en particular a sus artículos 8.6 y 7 d)

El artículo 12 añade un control adicional como complemento a la facultad de inspección, control y competencia de la Administración del Estado (reproduce y admite en este particular el artículo 44 de la LGT EDL 1963/94), es decir el control es del Estado, la cuestión es si el Ayuntamiento como administración más cercana puede establecer un control adicional "ante una situación de riesgo para la salud de los vecinos o para el medio ambiente" "para comprobar si estas cumplen satisfactoriamente las exigencias contenidas en la normativa estatal" encargando a "técnicos competentes en telecomunicaciones, la realización de estudios y certificaciones sobre los niveles de exposición radioeléctrica en áreas cercanas, en aquellas instalaciones radioeléctricas que estime oportunas.". Añade el precepto que en caso de incumplimiento el "el Ayuntamiento comunicará al Ministerio competente el resultado de sus actuaciones con el fin de que éste adopte las medidas oportunas."

El Ayuntamiento justifica su decisión amparándose en los artículos 28 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local que le permite realizar actividades complementarias de otras Administraciones Públicas y, en particular en materia de sanidad y protección del Medio ambiente, así como en el artículo 42.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril EDL 1986/10228, General de Sanidad y a, nivel autonómico, el artículo 28 de la Ley de Ordenación Sanitaria de Canarias - Ley 11/1994 de 26 de julio EDL 1994/17067. Añadiendo que la Resolución de 20 de junio de 2002 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, admitió esta inspección complementaria, en casos de riesgo para salud, y para ejercitar la competencia sanitaria.

En este caso no se aprecia vulneración de competencia sino el ejercicio por parte del Ayuntamiento de sus competencias de velar por la sanidad en su territorio, no se trata de una presunción de culpabilidad, sino por el contrario de asegurarse de que la actividad se desarrolla con arreglo a la autorización obtenida, y en caso de no ser así, dirigirse a los organismos competentes para que el funcionamiento se cohoneste con lo permitido."

En esta Ordenanza de Tuineje, el Ayuntamiento fija unas distancias de 100 metros a vivienda y 200 metros a centros sensibles, el recurrente afirma que es excesiva, desproporcionada, e imprecisa.

Sin embargo, los motivos de impugnación no pasan de ser alegaciones carentes de prueba, y ciertamente el Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611, exige en su artículo 8.7 que en la planificación de las instalaciones radioeléctricas, los titulares de las mismas deberán tener en consideración, entre otros criterios, y de manera particular "la ubicación, características y condiciones de funcionamiento de las estaciones radioeléctricas debe minimizar, en la mayor medida posible, los niveles de emisión sobre espacios sensibles, tales como escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos". En cuanto a cual es la mayor medida posible de minimización, es una cuestión hartamente difícil de precisar y que quizá no admita reglas generales, puesto que, dependerá de las características de cada municipio, de su orografía, sus condiciones, etc.

El Tribunal Supremo en sentencia de 10 de enero de 2007 admitió el criterio del TSJ de Valencia, que declaró conforme a derecho una distancia de 300 metros para espacios sensibles, y por el contrario no consideró admisible imponer 100 metros a vivienda, para el municipio de Albaterra. La sentencia del Alto Tribunal señala que los Ayuntamientos tienen una competencia plena para la regulación (y también competencias ejecutivas) de los temas urbanísticos en los términos en que así se lo reconozca la legislación, y para protección de la salud y el medio ambiente... Por lo demás cuando exista una regulación de carácter estatal o autonómica los Ayuntamientos no son competentes para la regulación de la materia. Ello no solo sucede respecto a la licencia de actividad en general, sino también respecto a otros puntos que se contemplan en la Ordenanza de que ahora se trata, como el establecimiento de distancias de seguridad y la compartición de infraestructuras. En todos estos casos los Ayuntamientos no pueden regular cuestiones como las citadas, cuando la regulación ya está contemplada en la normativa estatal o autonómica. Nótese sin embargo que todas estas declaraciones se refieren a la potestad normativa de los Ayuntamientos, en lógica coherencia con el dato de que estamos enjuiciando la conformidad a derecho de una Sentencia que se pronuncia sobre una Ordenanza municipal. Desde luego entiende esta Sala que es una cuestión muy distinta el que los Ayuntamientos conserven sus potestades de policía, de modo tal que puedan ejercer un control sobre la actividad, aunque se encuentre regulada en el ámbito estatal o autonómico, para preservar a los ciudadanos cuando las instalaciones o su funcionamiento sean peligrosas o amenacen serlo para la seguridad o la salubridad públicas. Pero esta declaración no hace sino reiterar la normativa propia del ordenamiento jurídico español en materia de régimen local.

La Exposición de Motivos de la Ordenanza justifica sus decisiones amparándose en "el contenido de la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 12 de julio de 1999" ... aún dando por válida la afirmación contenida en esa Recomendación del Consejo de la Unión Europea en el sentido de que "no se considera comprobado que el cáncer sea uno de los efectos de la exposición a largo plazo de los campos electromagnéticos (CEM)", hay que tener muy en cuenta la percepción subjetiva que los riesgos relacionados con la exposición a los campos electromagnéticos tiene el ciudadano y los factores de incertidumbre asociados a la sensibilidad individual. En este sentido, las administraciones públicas tendrán que jugar un importante papel de regulación y control y estar al tanto del progreso de la tecnología y de los conocimientos científicos respecto de la protección contra radiaciones no ionizantes.

Añade la Exposición que la obligatoriedad de guardar una distancia mínima de seguridad de 300 metros entre la colocación de dichas antenas y lugares habitados (casas, viviendas, centros de salud, escuelas, guarderías...). Lo anterior encuentra su fundamento como política de precaución, estableciéndose dichas distancias de seguridad a fin de salvaguardar la salud de las personas de los eventuales efectos nocivos (especialmente los llamados efectos no térmicos) de las ondas electromagnéticas emitidas por las antenas de telefonía móvil. De esta manera, el municipio de Tuineje se alinea con la política llevada a cabo por muchos países y ciudades, como Suiza, Italia, Suecia, los Países del Este, ciudades Australianas (especialmente Sutherland Shire), la ciudad de Toronto (en Canadá), Salzburgo (Austria), y últimamente algunas ciudades europeas, que han establecido normas que obligan a situar las antenas de telefonía móvil a 100, 200 e incluso 500 metros de lugares habitados.

En estos países y ciudades se está aplicando actualmente una política de precaución, ya que algunas investigaciones científicas han establecido que la población expuesta de forma continuada a niveles de radiación similares a los emitidos por las antenas de telefonía móvil podrían incrementar un incremento de abortos, daños en el ADN, cambios en la actividad eléctrica del cerebro y en la presión sanguínea, descenso de los niveles de melatonina, depresiones, insomnio, dolores de cabeza, síndrome de fatiga crónica, afección del sistema inmunológico, cáncer, tumores cerebrales y leucemia infantil.

Así, en el año 1999, ante la preocupación y alarma social existente en el Reino Unido, y las peticiones de Ayuntamientos para que se establecieran criterios de instalación de estas antenas, el Ministerio de Sanidad británico, creó un "Grupo de Expertos Independientes en Telefonía Móvil", formado por médicos, biólogos, ingenieros, etc. Este grupo de expertos emitió su Informe en mayo del año 2000, y de él cabe destacar la siguiente conclusión: "Concluimos que no es posible en el momento presente afirmar que la exposición a radiofrecuencias

(derivadas de la telefonía móvil) a niveles inferiores a los establecidos en las normas de seguridad nacionales, no tengan ningún efecto potencial adverso sobre la salud, y que las lagunas en el conocimiento son suficientes para justificar una política de precaución".

Desde la perspectiva anterior se justifica el establecimiento de unas distancias de seguridad que, con fundamento en el principio constitucional de autonomía local (artículo 140 de la Constitución EDL 1978/3879) y en la habilitación legal con la que cuenta el municipio para ejercer competencias en materias tales como la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (artículo 25.2.d) LRBRL), el patrimonio histórico - artístico (artículo 25.2.e) LRBRL), la protección del medio ambiente (artículo 25.2.Í) LRBRL) o la salubridad pública, pueden ser superiores a las establecidas en la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 12 de julio de 1999. La elección, en la presente Ordenanza, de una distancia de seguridad de 300 metros, obedece a la difícil labor de compatibilizar lo máximo posible la salvaguarda de la salud de las personas, la prestación de un servicio como el de la telefonía móvil y el hecho de tener en cuenta las especiales características orográficas del municipio.

Consideramos suficientes las justificaciones que proporciona el Ayuntamiento de Tuineje en la Ordenanza para fijar las distancias mínimas. Desde la modestia de una Ordenanza municipal, afirma haber seguido el criterio de otras ciudades europeas, después de examinar el estado de investigación, y los distintos proyectos existentes a nivel internacional; siguiendo una política de prevención o precaución en materia de salud, teniendo en cuenta la percepción subjetiva del ciudadano y los factores de incertidumbre asociados a la sensibilidad individual en relación a la exposición de riesgos o campos electromagnéticos.

En principio, los artículos citados se someten en todo caso al Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611 en cuanto a los niveles de emisión, y la parte recurrente no ha aportado prueba alguna que acredite que respetando los niveles de emisión citados, las distancias impuestas sean excesivas, arbitrarias y desproporcionadas. Luego, no podemos estimar el motivo de impugnación. No basta una impugnación genérica, al respecto es necesario demostrar que las características del municipio imposibilitan con las condiciones impuestas el desarrollo de la actividad.

Llegamos, pues, a la misma conclusión que la sentencia de esta Sala de 21 de septiembre de 2004, en la que admitimos las políticas de precaución extendida en muchos países, y que " El Ayuntamiento en el ejercicio de sus competencias municipales de salvaguarda de la salubridad pública y del medio ambiente estima que esta distancia es proporcionada y no impide el despliegue de redes de telefonía. Sin que sea aplicable la sentencia del TSJ de Andalucía en la que la distancia impuesta era de 610 metros de suelo urbano o urbanizable.No ha quedado acreditado, al no haberse propuesto ni practicado prueba alguna que la distancia impuesta por el Ayuntamiento de Galdar en el ejercicio de sus competencias sea desproporcionada, excesiva o arbitraria. Tampoco que impida el desarrollo de la telefonía móvil del municipio, de hecho de las propias alegaciones formuladas por el recurrente se desprende que lo que provoca es un encarecimiento de la instalación pero no que impida la instalación en sí. No habiéndose acreditado la imposibilidad de desarrollar la actividad o en su defecto el carácter arbitraria de la medida impuesta por el Ayuntamiento en base a los estudios que el mismo tomó en consideración, procede desestimar la pretensión respecto al artículo."

CUARTO.- En cuanto a la prohibición de instalar dentro de la delimitación del conjunto histórico artístico así como en edificios catalogados y en Espacios Naturales.

La impugnación obedece a que se pudo alcanzar el mismo objetivo de protección a través de controles y no de prohibiciones.

En nuestras sentencias de 27 de abril de 2007 EDJ 2007/149341 y 19 de enero de 2009 EDJ 2009/59354 , hemos destacado que dentro de las competencias municipales se encuentra obligada a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales, derivadas de los riesgos de deterioro del medio ambiente urbano que las mismas puedan originar. Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente. la 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)).

El límite sería que 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 resto de ese ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

Y, en el caso, se establecen una serie de requisitos para la instalación de antenas que no incide en aspectos técnicos, y, por ello, no entran en contradicción con la normativa estatal en la materia, y, por otra parte, no se impide o restringe de modo cualitativamente intenso el derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, pues los requisitos técnicos, de seguridad y de salubridad que aparecen en la Ordenanza son razonables y proporcionados.-

Por lo que el motivo debe ser rechazado.

QUINTO.- Régimen temporal de licencias

El artículo 27.3 dispone que " En las licencias para instalaciones de antenas de telefonía móvil se expresará el plazo máximo para el cual se otorgarán, que será de dos años, y que deberán ser renovadas al acabar el plazo para posibilitar su permanencia, previa modificación y adaptación, si es el caso, de acuerdo con lo establecido en esta Ordenanza."

La posibilidad de exigir la renovación de las licencias, la hemos considerado conforme a derecho en:

1.- sentencia de veinticuatro de septiembre de dos mil cuatro, recurso núm. 1342/2001 EDJ 2004/216132 ,

Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación de Antenas en Galdar "en toda clase de actividad las Corporaciones locales tiene competencia para revisar en cualquier momento de oficio o a instancia de interesados si se siguen cumpliendo las condiciones fijadas y en caso de vulneración adoptar las medidas oportunas"

La sentencias del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2003 EDJ 2003/187108 y 16 de julio de 2008 EDJ 2008/128171 admite también la posibilidad de sujeción de las licencias a un plazo "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"

Este artículo 27 hay que interpretarlo junto al artículo 13 que después de destacar el carácter temporal de las licencias "con una duración limitada de dos años". Para posibilitar su permanencia, deberán ser renovadas al acabar el plazo de instalación, momento en el cual habrán de modificarse, si procede, para dar cumplimiento a lo establecido en los apartados anteriores (4 a 12) que se refiere a las condiciones urbanísticas de las licencias.

No se trata de una licencia " a precario" sino de una licencia con un plazo limitada, que justifica la intervención administrativa como mínimo cada dos años para verificar el cumplimiento de las condiciones urbanísticas y sectoriales exigidas.

SEXTO.- Obligación de adaptación a la mejor tecnología disponible.

El artículo 21 dispone que " Las instalaciones de los elementos emisores/receptores, reemisiones y repetidores, pertenecientes a una red de telecomunicaciones objeto de solicitud de licencia municipal, deberán ajustarse a la tecnología más avanzada a fin de conseguir el menor tamaño y complejidad de la instalación y permita la máxima reducción de impacto visual".

Las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005 y 15 de diciembre de 2003 EDJ 2003/187108 admiten la exigencia porque "porque con tal exigencia no se incide en la competencia estatal o autonómica sobre la evaluación de equipos y aparatos, sino que se tiene en cuenta tal evaluación como presupuesto, y la previsión de utilización de la mejor tecnología no se efectúa de forma abstracta sino en relación con la consecución de los fines cuya garantía incumbe al Ayuntamiento, con referencia específica a la consecución del mínimo impacto visual, que se configura como prevalente, es decir, en función de los objetivos a los que responde el ejercicio de las competencias municipales y por lo tanto dentro de sus atribuciones".

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2006 añade que el uso de conceptos similares a los empleados por el artículo, en esta Ordenanza se utiliza "tecnología más avanzada" no son conceptos cuyo empleo en la norma genere inseguridad jurídica, en el sentido de que impidan o dificulten seriamente prever cómo se aplicará, o controlar si esta aplicación ha sido correcta o incorrecta. Aquéllos, como todos los de su clase, se componen de un núcleo fijo o "zona de certeza", de una zona intermedia o de incertidumbre o "halo del concepto", y, finalmente, de una "zona de certeza negativa"; de ahí que su aplicación tropiece con "supuestos de hecho", con "realidades", cuya inclusión o cuya exclusión del ámbito del concepto exija prestar una especial atención al exacto significado de éste y a las concretas singularidades o particularidades del "supuesto" o "realidad". Pero nada más. Conocer si una tecnología es, o no, de última generación en el momento en que se pretende utilizar; o si ella o las instalaciones provocan, o no, impacto visual y/o medioambiental, es de todo punto posible. Como lo es, también, medir si el impacto es el menor de los posibles, o si no es admisible, o si las interacciones con el entorno son, o no, importantes.

Como concluye la sentencia del mismo Tribunal de 3 de abril de 2007 EDJ 2007/21926 si la "mejor tecnología disponible" tiene como fin de minimizar el impacto paisajístico, al responder esta finalidad responde al ejercicio de competencias urbanísticas y medioambientales. Por último la sentencia de 16 de julio de 2008 EDJ 2008/128171 añade como fin que justifica la exigencia al menor impacto visual y ambiental " la menor afección a la salud de las personas"

SÉPTIMO.- Se impugnan la Disposición Transitoria Primera en cuanto obliga a las instalaciones existentes a la entrada en vigor de la Ordenanza a adecuarse en un plazo máximo de tres meses a la misma, y la Disposición Transitoria Segunda, que respecto a las instalaciones existentes que no cuenten con licencia de obras a la entrada en vigor de la Ordenanza se exige que sean desmontadas.

Disposiciones Transitorias Primera:4.Las antenas de telefonía móvil instaladas con licencia concedida antes de la entrada en vigor de la presente Ordenanza, que no se ajusten a las previsiones dictadas por ésta, habrán de adaptarse en el plazo máximo de tres (3) meses, a partir de la entrada en vigor de esta Ordenanza, debiéndose desmontar en dicho plazo aquellas antenas que no guarden las distancias de seguridad contempladas en el artículo 3.2 .

Segunda:1 En el plazo máximo de tres (3) meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ordenanza se habrán de desmontar la totalidad de las antenas, incluso aquellas que no precisen licencia, que no cumplan con las condiciones dictadas por esta Ordenanza.

El Tribunal Supremo en sentencia de quince de diciembre de dos mil tres EDJ 2003/187108 , en recurso de casación seguido contra sentencia de fecha 14 de julio de 2000, de esta Sala, en el recurso núm. 2916/97, contra la Ordenanza municipal sobre instalación de antenas en Las Palmas de Gran Canarias, y la impugnación por irretroactividad de los reglamentos afirmó que "Resultan ineficaces,

con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales (cfr. sentencia del Tribunal Supremo 26 de febrero de 1999 EDJ 1999/4293).

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que arranca de la sentencia 6/1983, de 4 de febrero EDJ 1983/6 , y se recoge en la jurisprudencia de esta Sala (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1994, 22 de junio de 1994 EDJ 1994/11576 , 5 de febrero de 1996 EDJ 1996/373 y 15 de abril de 1997 EDJ 1997/3099), ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo "cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no", una retroactividad de grado medio "cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados" y una retroactividad de grado mínimo "cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior".

Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (sentencias del Tribunal Constitucional 42/1986 EDJ 1986/42 , 99/1987 EDJ 1987/98 , 227/1988 EDJ 1988/543 , 210/1990 EDJ 1990/11805 y 182/1997 EDJ 1997/6344 , entre otras, y sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995 EDJ 1995/1541 , 15 de abril de 1997 y 17 de mayo de 1999, entre otras muchas).

El examen de las normas de la Ordenanza cuestionada proyectan su eficacia al futuro tratando de que las antenas instaladas cumplan las exigencias por ella establecidas para el otorgamiento de las correspondientes licencias, concediendo el plazo de un año para la obtención de aquéllas y para la modificación de las condiciones de las ya instaladas con sujeción a los nuevos requisitos. Esto supone, a lo sumo, una retroactividad de grado mínimo (aplicación de la nueva norma a efectos derivados de una situación anterior pero surgidos con posterioridad a su entrada en vigor), puesto que debe interpretarse que en ningún momento se contempla la supresión de las antenas que no sean susceptibles de adaptación a las nuevas condiciones exigidas por la Ordenanza, sino sólo su traslado o adaptación."

Esta Sala en sentencias posteriores, sentencia de 7 de febrero de 2.007, recurso núm. 1.193/03 EDJ 2007/53926 , centró el análisis de la impugnación en si se acreditaba o demostraba que la decisión era "desproporcionada o de extrema dificultad en su cumplimiento" En la sentencia de 15 de noviembre de 2006 Ordenanza Agaete (rec1526/2003) "La cuestión sería la posible examinarla también desde el prisma de la posible vulneración del principio de proporcionalidad, y, sin embargo, no atisba esta Sala ningún reproche a la previsión de que los titulares de instalaciones o construcciones realizadas con anterioridad sin las autorizaciones preceptivas, para las cuales sea preciso su regularización mediante la obtención e licencia o autorización municipal, deban solicitarla en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la normativa." Y por último citaremos la de 24 de mayo del 2004 "Consideramos que las disposiciones transitorias otorga a los afectados un plazo más que razonable para adaptar su situación a la legalidad prevista en la Ordenanza. No estamos ante una situación imprevisible para el recurrente, ni este podía confiar en que la situación actual perdurase; por el contrario, se ha venido beneficiando de la aplicación de un Reglamento de 1955 ., cuyo espíritu no preveía la instalación y proliferación de antenas por la ciudad, y menos de teléfonos móviles."

OCTAVO.- Se desestima el recurso, y de conformidad con el artículo 139 de la LJ no procede la imposición de costas.

FALLO

Desestimar el recurso interpuesto por el Procurador D. Tomas Ramírez en representación de Vodafone España en el recurso contencioso número 12 /2008 interpuesto contra la Ordenanza Municipal reguladora de la Instalación y Funcionamiento de infraestructura radioeléctrica para el término de municipal de Tuineje que confirmamos por ser conforme al ordenamiento jurídico.

Sin hacer pronunciamiento sobre las costas del proceso.-

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 35016330022009100395