

EDJ 2004/845

TSJ de Castilla-León (sede Burgos) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 9-1-2004, nº 7/2004, rec. 428/2002
Pte: González García, Begoña

Resuelto el recurso interpuesto en su contra por STS Sala 3ª de 11 octubre 2006 (J2006/282177)

Resumen

Da lugar la Sala al recurso contencioso entablado, en el sentido de decretar la nulidad de varios preceptos de la Ordenanza reguladora de las Condiciones de Localización, Instalación y Funcionamiento de los Elementos y Equipos de Telefonía, en el término municipal de Ávila. Entre otros pronunciamientos, señala el Tribunal que corresponde a la corporación municipal fijar el marco jurídico regulador del uso del suelo del dominio municipal, en relación con la construcción de la infraestructura de telecomunicaciones y su uso urbanístico, añadiendo que los bienes de interés cultural y los Conjuntos Históricos pueden conllevar la necesidad para su salvaguarda de la prohibición o limitación de estas instalaciones. no obstante, las Ordenanzas Municipales no son instrumentos jurídicos que puedan establecer y ampliar las distancias de seguridad establecidas en la legislación estatal y autonómica, vulnerando la cobertura competencial exigida, en este caso, en manos del Estado.

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.9.7

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

art.47

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

art.62.2

LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

art.267.1 , art.267.2

LO 4/1983 de 25 febrero 1983. Estatuto de Autonomía de Castilla y León

art.4.1

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

art.149.1 , art.149.1.23

RD de 24 julio 1889. Código Civil

art.2.3

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

AUTO DE ACLARACIÓN

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ACTIVIDADES MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS Y PELIGROSAS

NORMATIVA

Ordenanzas municipales

ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

COMPETENCIAS

Delimitación con las CCAA

Del Estado

Medio ambiente

Medios de comunicación social

ADMINISTRACIÓN LOCAL

MUNICIPIOS

Potestades

Reglamentaria

Ordenanzas municipales
Impugnación

APLICACIÓN DE LA NORMA
EN EL TIEMPO

Retroactividad e irretroactividad
Retroactividad de norma más favorable

COMUNIDADES AUTÓNOMAS
CASTILLA Y LEÓN

MEDIO AMBIENTE
PROTECCIÓN

TELECOMUNICACIONES
TELEFÓNICA

Líneas aéreas, servidumbre de paso

TELEFONÍA MÓVIL

FICHA TÉCNICA

Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo

Legislación

Aplica art.9.7 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.47 de Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones

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

Aplica art.267.1, art.267.2 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Aplica art.4.1 de LO 4/1983 de 25 febrero 1983. Estatuto de Autonomía de Castilla y León

Aplica art.149.1, art.149.1.23 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.2.3 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 11/2003 de 8 abril 2003. Prevención Ambiental de Castilla y León

Cita D 267/2001 de 29 noviembre 2001. Instalación de Infraestructuras de Radiocomunicación, C.A. Castilla y León

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

Cita art.97 de Ley 5/1999 de 8 abril 1999. Urbanismo, C.A. Castilla y León

Cita LO 4/1999 de 8 enero 1999. Reforma Estatuto de Autonomía de Castilla y León

Cita RD 1736/1998 de 31 julio 1998. Desarrolla Ley General Telecomunicaciones, Servicio universal de telecomunicaciones y otros aspectos

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

Cita Dir. 33/1997 de 30 junio 1997. Interconexión en las telecomunicaciones respecto a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad por aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP)

Cita Dir. 19/1996 de 13 marzo 1996. Modifica la Dir. 90/388/CEE, Instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones

Cita RD 1486/1994 de 1 julio 1994. Reglamento Técnico de Telecomunicación de Valor Añadido de Telefonía Móvil Automática

Cita art.1 de Ley 5/1993 de 21 octubre 1993. Actividades Clasificadas, C.A. Castilla y León

Cita RD 1398/1993 de 4 agosto 1993. Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora

Cita Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita art.17 de Ley 31/1987 de 18 diciembre 1987. Ordenación de las Telecomunicaciones

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

Cita art.34.1 de LO 4/1983 de 25 febrero 1983. Estatuto de Autonomía de Castilla y León

Cita art.9.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

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

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

Jurisprudencia

Resuelto el recurso interpuesto en su contra por STS Sala 3ª de 11 octubre 2006 (J2006/282177)
Cita STSJ Murcia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 abril 2003 (J2003/32969)
Cita STSJ Cantabria Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 marzo 2003 (J2003/27082)
Cita STSJ Andalucía (Sev) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 12 noviembre 2002 (J2002/71607)
Cita STSJ Cast-León (Bur) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 marzo 2002 (J2002/16862)
Cita STS Sala 3ª de 18 junio 2001 (J2001/31729)
Cita STSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 febrero 2000 (J2000/16014)
Cita STS Sala 3ª de 24 enero 2000 (J2000/529)
Cita STS Sala 3ª de 17 mayo 1999 (J1999/18591)
Cita STS Sala 3ª de 17 mayo 1999 (J1999/10481)
Cita STS Sala 3ª de 26 febrero 1999 (J1999/1561)
Cita STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 octubre 1998 (J1998/32657)
Cita STC Pleno de 28 octubre 1997 (J1997/6344)
Cita STS Sala 3ª de 15 abril 1997 (J1997/3099)
Cita STS Sala 3ª de 5 febrero 1996 (J1996/373)
Cita STS Sala 3ª de 18 marzo 1995 (J1995/1541)
Cita STS Sala 3ª de 22 junio 1994 (J1994/11576)
Cita STC Pleno de 20 diciembre 1990 (J1990/11805)
Cita STC Pleno de 29 noviembre 1988 (J1988/543)
Cita STC Pleno de 11 junio 1987 (J1987/98)
Cita STC Pleno de 10 abril 1986 (J1986/42)
Cita STC Pleno de 4 febrero 1983 (J1983/6)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte demandante se interpuso recurso contencioso administrativo ante esta Sala el día 30 de julio de 2002.

Admitido a trámite el recurso se dio al mismo la publicidad legal, 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 de demanda de fecha 14 de diciembre de dos mil dos que en lo sustancial se da por reproducido y en el que terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso y se declare la nulidad de la Ordenanza recurrida por suponer intromisión en las competencias exclusivas del Estado, carecer de motivación por causar indefensión e inseguridad jurídica y se anule con expresa imposición de costas procesales a la parte recurrida. Subsidiariamente se declare que no es conforme a derecho y por tanto su improcedencia, y de forma subsidiaria también a lo solicitado anteriormente se declare la nulidad de los artículos, 2º apartado 2, 3, 5, 6 y 10, artículo 3 en su totalidad, 6º en su totalidad o los apartados el párrafo primero, apartado d, e y f, artículo 9, 10, 13, 17,24, 25, 26,29 capítulo III en su totalidad y artículo 38, la Disposición Adicional tercera, la cuarta y la Disposición Transitoria única de la citada Ordenanza, se reitera subsidiariamente y de nuevo la petición de que se declaren no ser acordes a derecho los mismos artículos y por tanto su improcedencia con expresa imposición de costas procesales a la parte adversa.

SEGUNDO.- Se confirió traslado de la demanda por termino legal a la parte demandada quien contestó a la demanda a medio de escrito de 14 de enero de dos mil tres oponiéndose al recurso solicitando la desestimación del mismo en base a los fundamentos jurídicos que aduce.

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba se practicó con el resultado que obra en autos, solicitándose por la parte recurrente la presentación de conclusiones escritas, se evacuó traslado para cumplimentar tal trámite, quedando el recurso concluso para sentencia, y no pudiéndose dictar ésta en el plazo de diez días previsto en el art. 67.1 de la Ley 29/98, al existir recursos pendientes de señalamiento para Votación y Fallo con preferencia, y puesto que el art. 64.3 de la misma Ley, establece que tal señalamiento se ajustará al orden expresado en el apartado 1 del artículo anterior y existiendo en la Sala recursos conclusos de fecha anterior, y por tanto con preferencia para efectuar su señalamiento al de este recurso, quedaron los autos pendientes de señalamiento de día para Votación y Fallo, para cuando por orden de declaración de conclusos correspondiese, habiéndose señalado el día nueve de enero de dos mil cuatro para votación y fallo, lo que se efectuó.

Se han observado las prescripciones legales en la tramitación de este recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso jurisdiccional la Ordenanza reguladora de las Condiciones de Localización, Instalación y Funcionamiento de los Elementos y Equipos de Telefonía en el término Municipal de Ávila aprobada por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ávila de 30 de abril de dos mil dos y publicada en el BOP el 21 de junio de dos mil dos, siendo las razones invocadas por la parte actora para la impugnación de la citada Ordenanza, primero en su totalidad, porque se invoca que la misma no respeta las competencias que en esta materia corresponden al Estado, al excederse e invadir las citadas competencias, aparte de contener determinadas imposiciones a las Operadoras de imposible cumplimiento. Y específicamente se impugnan los siguientes artículos:

1º Que en su artículo 2 apartado 2º y 3º se establece una prohibición genérica de instalación en los edificios catalogados como BIC y casco histórico con una prohibición genérica, de instalación en zonas de reserva de Espacios Naturales protegidos lo que implica dadas las características de Ávila la imposibilidad de prestar la cobertura del servicio.

2º Que en cuanto a las distancias mínimas y de protección de espacios sensibles se impugnan los artículos 2.3 2.10, artículo 6 apartado d, e, y f, y el artículo 13 de la Ordenanza, ya que suponen una intromisión en las competencias del Estado conforme determina el RD 1066/2001 EDL 2001/28611 , además de que la imposición de distancias mínimas conllevaría la imposibilidad de la cobertura del servicio para la población.

3º Se impugnan los artículos 2.5 y 6 párrafo primero y el artículo 17 respecto a la tecnología de aplicación, por la falta de definición y por la arbitrariedad que supone un concepto tan indeterminado, ya que la propia legislación en materia de telecomunicaciones deja libertad para elegir la tecnología a aplicar.

4º El artículo 2.6 en cuanto impone la obligación de contemplar unas alternativas de emplazamiento para la instalación, lo que resulta imposible.

5º El artículo 3 en cuanto a la exigencia del programa de cobertura, ya que también resulta técnicamente de imposible cumplimiento.

6º La exigencia de minimización del impacto visual y paisajístico de los artículos 2.5 2.6, 6, 7 a 11 y 13.4 y artículo 17, artículos todos ellos que constituyen un cajón de sastre que determina una discrecionalidad prácticamente absoluta en manos del Ayuntamiento.

7º Que se impugnan igualmente los artículos 24 y 26 respecto al procedimiento a seguir en cuanto a las licencias de apertura, ya que además de contener una serie de lagunas se superpone a la normativa autonómica en la materia, con una regulación falta de concreción.

8º El artículo 25 de la Ordenanza relativo a las Disposiciones Particulares ya que en el mismo se prescribe la aportación de una serie de documentación, que es una reiteración de la exigida en el Decreto 267/2001 EDL 2001/28611 , por lo que resulta improcedente ya que la citada documentación se presenta ante otros órganos, que son las Jefaturas Provinciales de Inspección dependientes del Ministerio, las encargadas de esta materia.

9º Se impugna el artículo 29 por la inseguridad que determina la necesidad de renovación y sustitución de instalaciones.

10º Se impugna la regulación relativa a la compartición de infraestructuras y por ello los artículos 6 e), artículo 7, artículo 13, 17 y la Disposición Adicional Tercera, por cuanto el uso compartido viene contemplado en el artículo 47 de la Ley General de Telecomunicaciones EDL 1998/43460 y en el RD 1736/1998 EDL 1998/45162 , así como en la Directiva 97/33/CE EDL 1997/25711 , por lo que la determinación de los supuestos de compartición debe efectuarse por el Estado y en ningún caso se podrá imponer la misma con carácter obligatorio.

11º Se impugna el régimen sancionador ya que la Ordenanza no puede tipificar infracciones al no tener rango de Ley.

12º Se impugna la exigencia de seguro de responsabilidad civil, por cuanto las Operadoras ya cuentan con un seguro y el que ahora se exige resulta de imposible cumplimiento, ni se justifican los motivos y resulta discriminatorio con relación al resto de las actividades sujetas a licencia.

13º Se impugna la Disposición adicional Cuarta por constituir el establecimiento de medidas de protección una intromisión en competencias exclusivas del Estado.

14º Y en cuanto al régimen transitorio es nulo de pleno derecho por incurrir en un quebranto del principio de jerarquía normativa, suponiendo la revocación de licencias sin derecho a indemnización y vulnerando la doctrina jurisprudencial existente sobre la retroactividad.

Por último finaliza la demanda reiterando que la Ordenanza vulnera competencias del Estado, y carece de motivación y que si bien reconociendo la competencia de los Ayuntamientos en materia urbanística, los mismos no se pueden extralimitar teniendo en cuenta que nos encontramos ante un servicio público.

SEGUNDO.- Frente a todo ello el Ayuntamiento de Ávila ha interesado la desestimación del recurso por considerar que en primer lugar y en base a la normativa existente, la Corporación Local tiene competencia para regular en el término municipal las condiciones de localización, instalación y funcionamiento de los elementos y equipos de telefonía, que dadas las características de la ciudad de Ávila y su declaración como Conjunto Histórico, la Ordenanza es ajustada a derecho y a los Planes Urbanísticos aplicables, ya que todo el articulado esta debidamente justificado y no implica lesión alguna al principio de libertad de actuación, que el establecimiento de distancias con relación a zonas sensibles, no imposibilita el establecimiento del servicio de telefonía, así como la exigencia del programa global de cobertura no resulta de imposible cumplimiento, estando el resto de los requisitos previstos en el artículo 6 perfectamente justificados y siendo viables, igualmente la exigencia de licencia de actividad es una cuestión de competencia municipal, estando por lo demás el régimen sancionador justificado por encontrarse dentro de las competencias municipales, y por ultimo en cuanto a la Disposición transitoria la misma contempla la regulación con criterios de proporcionalidad y no ha de da lugar a indemnización alguna.

TERCERO.- Con este planteamiento de los términos del debate, debemos de indicar en primer lugar y como premisa inexcusable, que esta Sala ya tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia, y específicamente en el caso de la Ordenanza de Ávila y que con relación a este tipo de Ordenanzas ya se había dicho al respecto en cuanto a la competencia de los Ayuntamientos en materia urbanística y medioambiental, en su incidencia con la problemática de las telecomunicaciones, en la sentencia de la que fue Ponente la Sra. González García de 22 de marzo de dos mil dos dictada en el recurso de Apelación 9/2002 EDJ 2002/16862 , que:

“Dicho lo cual hemos de señalar que si bien es cierto que la instalación de telefonía móvil no esta comprendida entre las actividades sometidas a la Ley 5/1993, de 21 de octubre, de Actividades Clasificadas, en su artículo primero EDL 1993/18213 y que como señala

la parte recurrente la sentencia de TSJ Cataluña de 16-10-1998, núm. 788/1998, rec. 1825/1995. Ponente D^a Pilar Martín Coscolla EDJ 1998/32657 , señalaba que:

“1º) Que como licencia de actividad es suficiente con la que obtuvo el 29 de septiembre de 1995 de la Dirección General de Telecomunicaciones del Ministerio de Obras Públicas, que le autorizó a iniciar la prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática en su modalidad G.S.M., sin precisar licencia municipal al respecto.

Efectivamente ello es así puesto que según el R.D. 1.486/94 EDL 1994/16652 regulador de este servicio de telecomunicación, se trata de un servicio de carácter público de titularidad estatal que se presta en régimen de competencia, por lo que esta objeción municipal debe decaer.”

Pero también lo es que recientemente el Tribunal Supremo se ha manifestado señalando en la Sentencia de 18-06-2001, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos EDJ 2001/31729 , que:

“Esta Sala tiene recientemente declarado, en sentencia de 24 de enero de 2000, recurso 114/1994 EDJ 2000/529 , que los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones por su término municipal utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ello no es obstáculo al derecho que lleva aparejada la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) de ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículos 17 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones EDL 1987/13243 , y 43 y siguientes de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones EDL 1998/43460).”

Añadiendo la misma que:

“Este principio es plenamente aplicable a las instalaciones por parte de los operadores (sujetos a la sazón al régimen de concesión) que puedan afectar en cualquier modo a los intereses que la Corporación municipal está obligada a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales, derivadas de los riesgos de deterioro del medio ambiente urbano que las mismas puedan originar. Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente. La necesidad de dicha regulación es más evidente, incluso, si se considera el efecto multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberalización en la provisión de redes prevista en la normativa comunitaria (Directiva 96/19/CE, de la Comisión de 13 de marzo EDL 1996/14609 , y Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones EDL 1998/45162) y en la nueva regulación estatal. Esta normativa reconoce la existencia de una relación directa entre las limitaciones medioambientales y de ordenación urbana, a las que, sin duda, puede y debe atender la regulación municipal, y las expresadas instalaciones.”

Por lo que se concluye en la misma que:

“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.”

Con estos antecedentes se ha de desestimar la invocación de la recurrente de la nulidad de la Ordenanza por falta de competencia de la Corporación Local, pues la misma la ostenta según lo expuesto y que ya ha sido reiterado en las sentencias dictadas en los recursos 395/2002 y 421/2002.

CUARTO.- También a la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta en el Fundamento anterior, ya hemos examinado la impugnación de esta misma Ordenanza en su integridad y ya se ha resuelto por esta Sala en el recurso 421/2002, sentencia de siete de noviembre de dos mil tres y ya antes se había dicho para la Ordenanza de Burgos en la sentencia de 22 de septiembre de 2003, dictada en el Recurso núm. 185/2002, Ponente D. Eusebio Revilla Revilla, cuyos argumentos nos son igualmente útiles para rechazar esa impugnación genérica de la presente Ordenanza, así el Fundamento Quinto:

“A la luz de esta Jurisprudencia, procede en primer lugar enjuiciar la denuncia genérica de nulidad que formula la actora respecto de la Ordenanza Reguladora de Instalaciones de Telecomunicación. Y los criterios recogidos anteriormente llevan a esta Sala a desestimar también en esta ocasión la nulidad de la totalidad de la referida ordenanza desde el momento en que se mantiene la competencia municipal en materia de urbanismo y medio ambiente, como medio habilitante para una regulación municipal en materia de instalaciones de Telecomunicación. Referida ordenanza examinada de una forma global (al margen de lo que puede decirse en cada uno de los preceptos impugnados) no invade competencias estatales y no niega el derecho de la actora a ocupar el dominio público y privado que le reconoce los arts. 43 y 44 de la LGT EDL 1963/94, sino que regula la forma en cómo ha de utilizarse sin incurrir en restricciones absolutas al derecho de los operadores al uso u ocupación del dominio público, no incurriendo tampoco en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas al título habilitante que ostenta como operadores de telefonía móvil.”

QUINTO.- Por lo que antes de examinar específicamente cada uno de los preceptos impugnados de la citada Ordenanza, en primer lugar hemos de resolver, aunque siguiendo el orden absolutamente inverso al que plantea la recurrente, ya que ésta finaliza su demanda invocando la falta de motivación de la Ordenanza, y si bien de la lectura del artículo 1 resulta, que el mismo se refiere al objeto de la Ordenanza, a la regulación de las condiciones a las que deben someterse la localización, instalación y funcionamiento de los elementos y equipos de telefonía en el Término Municipal de Ávila, a fin de compatibilizar la funcionalidad de tales elementos y equipos y la utilización por los usuarios de los servicios de radiocomunicación con los niveles de calidad requeridos y con las exigencias de preservación del paisaje urbano y natural y de minimización de la ocupación y el impacto que su implantación puedan producir.

Como se aprecia de su texto, el mismo enuncia cual es el objeto de la citada Ordenanza, y por tanto contiene la motivación cuya ausencia precisamente se denuncia injustificadamente, toda vez que además su objeto se encuentra dentro de las finalidades de preservación del paisaje urbano y natural y de minimización de la ocupación y el impacto que su implantación puedan producir, lo que constituyen competencias urbanísticas correspondientes a las Corporaciones Locales, y además en los folios 76 y siguientes del expediente administrativo aparece precisamente la exposición de motivos con la justificación, objeto y finalidad de la Ordenanza, con lo cual no cabe admitir el reproche de falta de motivación que se imputa a la misma.

En este mismo sentido cabe destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Sevilla, Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 12 de noviembre 2002, Recurso contencioso-administrativo núm. 1234/2001. Ponente D. José Antonio Montero Fernández EDJ 2002/71607 que dice:

“Desde el punto de vista formal, la Ordenanza encuentra su apoyo en lo estatuido en el art. 4 de la Ley 7/85 EDL 1985/8184 y Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales EDL 1955/46 . Resulta, pues, incuestionable la potestad reglamentaria de las Corporaciones Locales; cuyo contenido material viene delimitado por los intereses propios del municipio cuya salvaguarda tiene legalmente atribuida. A nuestro entender, es una obviedad que no necesita especial justificación, toda instalación o el establecimiento de cualquier infraestructura, con mayor o menor intensidad, conlleva un impacto en la ciudad, que en múltiples perspectiva atañe e inciden en intereses netamente municipales; por lo que resulta acorde con el orden delimitado que el municipio sea quien controle y regule el uso de su propio suelo o subsuelo y vele por los intereses municipales que se vean comprometidos. Lo que conlleva que sin perjuicios de los derechos y facultades que legalmente a los titulares de licencias individuales para el establecimiento de redes públicas sobre la ocupación del dominio público y, también, del dominio privado que los municipios puedan establecer las disposiciones necesarias para el correcto régimen de autorización, utilización y gestión del mismo; y sigue diciendo que:

“En definitiva, corresponde a la Corporación Municipal el establecimiento del marco jurídico regulador del uso del suelo, subsuelo y vuelo del dominio municipal, en relación con la construcción de la infraestructura de telecomunicaciones y su uso urbanístico, para el ejercicio del control público que legalmente tiene encomendado.”

SEXTO.- Respecto a la pretensión impugnatoria del artículo 2 en sus apartados 2 y 3, párrafo primero, en el cual se establece una prohibición genérica de instalación de antenas en los edificios catalogados como Bienes de Interés Cultural y en el Casco Histórico, y también establece una prohibición genérica de instalación en zonas de reserva de Espacios Naturales protegidos, lo que implica dadas las características de Ávila la imposibilidad de prestar la cobertura del servicio.

Hemos de decir que si bien es cierto que el artículo 2.2 prohíbe la instalación de estos elementos en inmuebles clasificados como Bienes de Interés Cultural y se impide la instalación futura en el conjunto histórico señalado por el vigente PGOU, esta limitación es propia y derivada de la competencia urbanística que corresponde a las Corporaciones Locales y que incluso ha venido siendo recogida por la normativa urbanística al exigir que las construcciones se adaptasen, en lo básico, al ambiente en el que estuvieran situadas, por lo que lógicamente los bienes de interés cultural y los Conjuntos Históricos pueden conllevar la necesidad para su salvaguarda de la prohibición o limitación de estas instalaciones, precisamente para proteger dicho Patrimonio Histórico, preocupación que se encuentra también reflejada en la sentencia del TS de 18 de junio de dos mil uno EDJ 2001/31729 donde se recoge en su Fundamento Quinto que:

“Este principio es plenamente aplicable a las instalaciones por parte de los operadores (sujetos a la sazón al régimen de concesión) que puedan afectar en cualquier modo a los intereses que la Corporación municipal está obligada a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales, derivadas de los riesgos de deterioro del medio ambiente urbano que las mismas puedan originar. Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente. La necesidad de dicha regulación es más evidente, incluso, si se considera el efecto multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberalización en la provisión de redes prevista en la normativa comunitaria (Directiva 96/19/CE, de la Comisión de 13 de marzo (LCEur 1996657) EDL 1996/14609 , y Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones EDL 1998/43460) y en la nueva regulación estatal. Esta normativa reconoce la existencia de una relación directa entre las limitaciones medioambientales y de ordenación urbana, a las que, sin duda, puede y debe atender la regulación municipal, y las expresadas instalaciones.”

Y en cuanto al apartado 3, párrafo primero del artículo 2, que con carácter general prohíbe igualmente su instalación en zona de reserva de Espacios Naturales Protegidos y en las restantes zonas de los Espacios citados se estará a lo que dispongan los Planes de Ordenación de los mismos y los Planes rectores de Uso y Gestión, y dicha limitación responde también a las competencias en materia urbanística y medioambiental de los Ayuntamientos, por lo que en este caso tampoco cabe hacer ningún reproche legal al mismo.

SÉPTIMO.- Con respecto a la impugnación recogida en el apartado 2º del Fundamento Tercero de la presente sentencia, de la imposición de las distancias mínimas y de protección de espacios sensibles, razón por la que se impugnan los artículos 2.3 2.10, artículo 6 apartado d, e, y f, y el artículo 13, ya que esta regulación supone una intromisión en las competencias del Estado, conforme determina el RD 1066/2001 EDL 2001/28611 , además de que la imposición de distancias mínimas conllevaría la imposibilidad de la cobertura del servicio para la población.

Debemos señalar en primer lugar que el artículo 2 ya ha sido impugnado en los otros dos recursos que por distintas operadoras, Servicios Móviles y Airtel, se interpusieron contra la presente Ordenanza, tanto el recurso 421/2002 como el recurso 395/2002, si bien se debe precisar que en el recurso 421/2002, se impugnaban los apartados 5 y 10, en el recurso 395/2002, el apartado 5, y en este el apartado 2, y el apartado 3, ya examinados en el Fundamento anterior, el apartado 10, y el artículo 6 párrafo primero y en los apartados d), e) y f) y 10, por lo que respecto al apartado 10 del artículo 2, nos vamos a referir expresamente a lo ya resuelto en la sentencia dictada en el citado recurso 421/2002 y cuyos fundamentos son igualmente aplicables y donde se recogía que:

“Y es cierto que se ha planteado en la doctrina y la Jurisprudencia la posibilidad de que las Corporaciones Locales puedan establecer medidas adicionales de seguridad ante la prestación de los servicios de telefonía, habiendo sido resuelto de forma negativa así la sentencia del TSJ de Murcia de 16-04-2003 EDJ 2003/32969 , de la que ha sido Ponente D. Joaquín Moreno Grau, y en la que en su Fundamento de Derecho Tercero se recoge que:

“B) Telecomunicaciones y medio-ambiente

De acuerdo con la jurisprudencia anteriormente citada, parece fuera de toda duda que los Ayuntamientos, a través de los instrumentos de planeamiento, pueden establecer condicionamientos paisajísticos o estéticos que pueden calificarse de medio-ambientales. El problema se plantea con relación a las medidas medio-ambientales que inciden en el establecimiento de niveles de emisión o de distancias de seguridad por los Ayuntamientos.

Al contemplar la realidad de la normativa municipal reguladora del establecimiento de estaciones base de telefonía móvil se aprecia cómo los Ayuntamientos están introduciendo normas de protección ambiental, bien imponiendo niveles máximos de emisión radio-eléctrica, bien fijando distancias mínimas de situación de las estaciones.

La pregunta que cabe formularse es si están los Ayuntamiento habilitados para dictar estas normas adicionales de protección.

En el ámbito estatal la regulación de los niveles de emisión está contenida en el R.D. 1.066/01 EDL 2001/28611 por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radio-eléctrico, restricciones a las emisiones radio-eléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radio-eléctricas EDL 2001/28611. En el ámbito autonómico se van publicando leyes autonómicas que establecen normas adicionales de protección medio-ambiental en el marco competencial proporcionado por el art. 149.1.23 C.E. EDL 1978/3879 EDL 1978/3879 . En este contexto normativo, debe entenderse que los Ayuntamientos no están investidos de la potestad para dictar normas adicionales de protección. El art. 25 f) L.R.B.R.L. EDL 1985/8184 EDL 1985/8184 les otorga competencia en materia de medio-ambiente en los términos de la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas. Por consiguiente, salvo que exista una habilitación legal expresa que les confiera la posibilidad de establecer normas más rigurosas en el ámbito del municipio, su actuación deberá limitarse, como veremos, a comprobar el respeto de los niveles de emisión radioeléctrica y distancias fijadas en la normativa estatal o, en su caso, autonómica.”

Y en este mismo sentido ya concluyo la Sala incidentalmente en la sentencia dictada en el rollo de Apelación 9/2002 de 22 de marzo de dos mil dos EDJ 2002/16862 y la sentencia de 22 de septiembre de dos mil tres de la que fue Ponente D. Eusebio Revilla, dictada en el recurso 185/2002, en cuyo Fundamento noveno se señala que:

“Finalmente la actora impugna el art. 38 de la ordenanza en cuanto considera que es improcedente la exigencia recogida en mencionado precepto a los operadores de telefonía móvil de la obtención de una licencia de actividad previa a la instalación de sus estaciones base. Estima la demandante que es lógico que el Ayuntamiento exija la concesión de licencia urbanística, pero no puede exigir una licencia de actividad adicional a la licencia de obras; y ello es así, afirma la parte, porque Airtel Móvil, S.A. ya resultó adjudicataria de una concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil automática en su modalidad GSM y ello por Orden del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente de fecha 29.12.94 (BOE de 5.1.95). La demandante considera que en virtud de dicha adjudicación ya ostenta título y licencia habilitante para la prestación del servicio de telefonía móvil automática en su modalidad GSM; y que sería contradictorio que tras contar con esta habilitación concedida por el Estado, una entidad local entendiera en una ordenanza que es necesaria la licencia de actividad para desarrollar mencionada prestación del servicio de telefonía móvil. Y si se exige esa previa licencia de actividad, considera la actora que el Ayuntamiento se está excediendo en sus competencias.

Sobre este respecto el TSJ de Cataluña en sentencia de 16 de octubre de 1998 (recurso núm. 788/1998) EDJ 1998/32657 entendió “que como licencia de actividad es suficiente con la que obtuvo el día 29 de septiembre de 1995 de la Dirección General de Telecomunicaciones del Ministerio de Obras Públicas, que le autorizó a iniciar la prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática en su “modalidad G.S.M., sin precisar licencia municipal al respecto. Efectivamente ello es así puesto que según el R.D. 1486/94 EDL 1994/16652 , regulador de este servicio de Telecomunicación se trata de un servicio de carácter público de titularidad estatal que se presta en régimen de competencia...”

El art. 38 señala en su párrafo segundo EDL 1994/16652 “que estará sometida a licencia municipal previa de obra o de actividad, la instalación y las obras complementarias, en su caso, de los equipos o elementos de telecomunicación”. Ninguna duda existe a la vista de lo establecido en el art. 97 de la Ley 5/99 de 8 de abril EDL 1999/61722 , de urbanismo de Castilla y León la exigencia (como igualmente lo reconoce la demandante en su escrito de demanda) de la obtención de la licencia urbanística (también llamada de obras) para la instalación y obras complementarias, en su caso, de los equipos o elementos de telecomunicación. Y tampoco existe ninguna duda que la licencia previa de actividad a la que se refiere el art. 38, párrafo segundo de la Ordenanza, excede del ámbito de las competencias del Ayuntamiento desde el momento en que el servicio de telecomunicaciones es un servicio cuyo ámbito territorial comprende todo el ámbito nacional, de tal modo que su entramado de red no tiene carácter local y sí nacional. Además, como recordaba la sentencia del TSJ de Cataluña reseñada EDJ 1998/32657 la adjudicación de la concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil automática en su modalidad G.S.M. habilita de forma bastante y suficiente para ejercer esa actividad sin que tenga que mediar nuevamente una previa licencia de actividad concedida por el Ayuntamiento, cuando en el término municipal de éste se producen la instalación de equipos o elementos de telecomunicación. Esta exigencia de licencia de actividad en la ordenanza contraviene lo establecido en el art. 10 y siguientes la LGT EDL 1963/94 y excede del ámbito de competencias municipales, tal y como han sido reseñadas en los anteriores fundamentos de derecho. La LGT EDL 1963/94 establece en su art. 10 que “se requerirá autorización general para la prestación de los servicios y para el establecimiento o explotación de las redes de telecomunicaciones que no precisen el otorgamiento de una licencia individual, de acuerdo con lo establecido en el capítulo siguiente”. Según los arts. 11 EDL 1963/94 y siguientes de dicha Ley tanto las autorizaciones generales como las licencias individuales corresponde otorgarlas al Ministerio de Fomento o la Comisión del Mercado

de Telecomunicaciones. Por ello, estimando este motivo de impugnación, procede anular parcialmente el art. 38, párrafo segundo, solo en cuanto que exige licencia municipal previa de actividad para la instalación y las obras complementarias, en su caso, de los equipos o elementos de telecomunicación, por no ser conforme a derecho la exigencia de mencionada licencia. Dicha nulidad determina que se declare nula y se suprima la expresión “o actividad” en mencionado art. 38, párrafo segundo, de la citada Ordenanza.”

Por ello y en atención a lo expuesto podemos concluir que las Ordenanzas Municipales no son instrumentos jurídicos que puedan establecer y ampliar las distancias de seguridad establecidas en la legislación estatal y autonómica, o exigir licencias de actividad, sin que rebata este argumento las dos resoluciones citadas por la parte recurrente ya que la de Valladolid se refiere a una pieza de medidas cautelares y la del País Vasco no contempla el supuesto de que una Ordenanza imponga la exigencia de la licencia de actividad, ya que una cosa es esa y otra que las instalaciones de radiocomunicación deban de cumplir los límites de exposición a las emisiones radioeléctricas y las distancias de protección contenidas en la normativa estatal actualmente el artículo 8.7 d) EDL 2001/28611 y el anexo II del RD 1066/2001 de 28 de septiembre EDL 2001/28611 y el artículo 3.1 f) de la Orden CTE/23/2002 de 11 de enero y las normas de desarrollo autonómico en este caso el Decreto 267/2001 de 29 de noviembre de la Junta de Castilla y León así como Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León EDL 2003/7440 , siendo la normativa autonómica la procedente para determinar la procedencia o no de licencia de actividad y de medidas de seguridad en su caso para la prestación del servicio de telecomunicación, ya que como señala específicamente su exposición de motivos:

“La presente Ley EDL 2003/7440 se dicta en ejercicio y desarrollo de la competencia que la Comunidad de Castilla y León ostenta en materia de protección del medio ambiente. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5.º del artículo 34.1. del Estatuto de Autonomía de Castilla y León EDL 1983/7457 , en redacción ordenada por la Ley Orgánica 4/1999, de 8 de enero EDL 1999/59886 , la Comunidad de Castilla y León tiene la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de protección del medio ambiente, en el marco de la legislación básica del Estado, como resulta del apartado 23 del artículo 149.1. de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

Debe destacarse además que el Estatuto de Autonomía de Castilla y León en su artículo 4.1. EDL 1983/7457 Configura al patrimonio natural de la Comunidad como valor esencial para la identidad de la misma, ordenando que sea objeto de especial protección y apoyo.

La vocación de la presente Ley es convertirse en texto legal esencial del Ordenamiento de la Comunidad de Castilla y León para la prevención y tutela del medio ambiente, estableciendo el sistema de intervención administrativa en el territorio de la Comunidad de las actividades, instalaciones o proyectos susceptibles de afectar al medio ambiente, con una finalidad preventiva. Como respaldo y garantía de la aplicación y efectividad de la Ley, ésta incorpora los mecanismos de inspección y control medioambiental y un régimen sancionador.

Principio inspirador e informador de la Ley es el de desarrollo sostenible en la Comunidad, que haga compatible la actividad económica y empresarial con la protección del medio ambiente en que se desarrolle dicha actividad económica y social.”

Por lo que de ello resulta evidente que lo que no se puede realizar a través de la Ordenanza municipal es establecer medidas como las que nos ocupan, por carecer de la necesaria cobertura competencial, por lo que procede estimar el presente recurso respecto a los artículos 2.10, 4 en su último párrafo y 24”

Por lo que igualmente cabe en este caso declarar la nulidad del artículo 2.10, como ya se ha hecho en la sentencia dictada en el recurso 421/2002, y procede declarar la nulidad del artículo 2.3 en su párrafo segundo por cuanto es el mismo espíritu el que le informa, es decir en el mismo se establece una limitación de la distancia a la que pueden instalarse centros emisores o antenas en suelo rústico con relación al límite del suelo urbano o urbanizable o con relación a una vivienda o edificación aislada que exista en dicho suelo y sí ya concluimos que la Ordenanza no es un instrumento adecuado para establecer o ampliar distancias de protección, ya que la determinación de las mismas es competencia del Estado, por lo que ello determina la nulidad del apartado 3 solo el párrafo segundo y el apartado 10 del artículo 2, y en cuanto al artículo 6, los apartados e, y f, han sido declarados nulos en los recursos 421/2002 y 395/2002, y en cuanto al apartado d) no establece ninguna distancia de seguridad como ocurre en los apartados anteriores, sino que se limita a indicar que las estaciones base de telefonía no serán accesibles al público en general, ni en un perímetro de seis metros, lo que por otro lado resulta superfluo, y en cuanto al artículo 13, el mismo se esta refiriendo a la localización de instalación de antenas sobre mástiles o estructuras soporte en distintos párrafos, cuyo estudio debemos de distinguir, ya que el párrafo primero, tercero y cuarto, a excepción de lo que se dirá con relación a la compartición, responden a criterios urbanísticos que ya reiteradamente hemos dicho, que son de competencia municipal y por tanto perfectamente pueden ser determinados en la Ordenanza, pero el párrafo segundo se exige para ubicar el emplazamiento a una distancia inferior a 1 KM. un estudio de calificación ambiental que no se atempera a las competencias que corresponden a la Corporación Local, por lo que debe anularse también el párrafo segundo del artículo 13, y si bien el quinto se refiere a materia de competencia estatal en cuanto se habla de niveles de exposición, se hace con remisión a los niveles fijados en la legislación aplicable por lo que en este punto se esta reconociendo la competencia en esta materia del Estado por lo que sólo procede la anulación del citado párrafo segundo.

OCTAVO.- Respecto a que igualmente se impugna en este recurso los artículos 6 e), artículo 7, artículo 13 y artículo 17, así como la Disposición Adicional Tercera de la Ordenanza, ya que establece una obligación de compartición de infraestructuras, que carece de cobertura legal, y es cierto que en dicha Disposición Adicional se esta estableciendo la obligación de compartición de infraestructuras especificando que se deberán compartir, los siguientes elementos, terrenos, accesos, edificios, torres de soporte de antenas, así como líneas eléctricas y centros de transformación, y lo que debemos señalar es que no se deben mezclar dos conceptos distintos a los que la Sala ya se ha referido en el recurso 156/2002, ya que una cosa es compartir instalaciones de mástiles y otra la de compartir infraestructuras para soportar instalaciones radioeléctricas, a lo que también se refirió la sentencia de esta Sala dictada en el recurso 173/2002 de 20 de

diciembre de 2002, de la que fue Ponente D. Juan Ignacio Moreno Luque y es que como se señala en la misma textualmente, una cosa es la compartición de infraestructuras urbanísticas que las infraestructuras de comunicaciones así:

“Que hemos de considerar, que según nuestro criterio tales artículos hacen referencia a las limitaciones para la utilización de las infraestructuras de comunicaciones en sentido estricto, es decir instalaciones de operadores, postes, cables o antenas que dando servicio a una determinada entidad, pudieran ser aprovechados por otra entidad diferente para desplegar su servicio; sin embargo, en este preciso supuesto, y a pesar del mal entendido que puede generar el concepto “compartir”, lo que se comparte no es infraestructuras de telecomunicación, sino infraestructura urbanística, es decir tubos, lugares subterráneos o interiores que debe incorporarse al proyecto urbanístico, para que discurra posteriormente lo que es propiamente la instalación de telecomunicación; y es a esta última, a la que entendemos se refieren los artículos antes mencionados, pero no a los tubos soterrados, que como otros, que se instalan para dar determinados servicios, tales como electricidad, teléfono, etc., o incluso los de desagüe a colectores, tienen un carácter eminentemente urbanístico, y nada se perturba por simultanear su servicio si con ello no se perjudica a la estructura de la instalación de telecomunicaciones que ya estuviese operativa.”

Pero el artículo 6 lo que establece es la utilización compartida de localizaciones y/o estructuras soporte a la que se refiere su apartado e), lo que reitera en la Disposición Adicional tercera y sobre lo que también se ha pronunciado esta misma Ponente en la sentencia dictada en el recurso 156/2002, para la Ordenanza de Burgos, indicando en su Fundamento Sexto, que:

“...pero el artículo que ahora se impugna es el artículo 17, que se refiere a la distancia y a la compartición del mástil y en este punto no sólo por cuanto como se indica en el informe pericial realizado en autos por el Ingeniero D. Iván, Ingeniero Superior de Telecomunicación, la distancia establecida en ese artículo, como se recoge en las aclaraciones apartado a) y b) a instancias de la parte actora, puede dificultar de manera importante el despliegue de las redes y puede conllevar la necesidad de utilización de mayor potencia para mantener la calidad del servicio, con lo que ello implica de mayor riesgo sanitario. Y continúan las aclaraciones al informe con relación a la compartición de infraestructuras de telecomunicaciones en la página 8 apartado c) de la actora, que además de las consideraciones técnicas que en el mismo se expresan, respecto a que la compartición puede conllevar la probabilidad de averías, contraviniendo la exigencia de escaso impacto ambiental, por que se puede comprometer la seguridad mecánica y eléctrica de las instalaciones..., y se tiende a realizar una acumulación local de emisiones..., pero si a estas razones técnicas añadimos que la propia normativa, como se recoge en el informe de la Comisión Nacional del Mercado de Telecomunicaciones, emitido con relación a otras Ordenanzas, se señala que en materia de compartición, ojo no de infraestructuras urbanísticas sino de telecomunicaciones, rige la normativa estatal integrada por la Ley General de Telecomunicaciones artículo 47 EDL 1998/43460 , el Reglamento 1736/1998 EDL 1998/45162 y la Directiva Comunitaria 97/33 EDL 1997/25711 , por lo que este procedimiento de compartición previsto en la normativa, no puede obviarse con la imposición de la misma por motivos urbanísticos o medioambientales, omitiendo la tramitación y competencia prevista en la normativa estatal, por lo que en base a todos estos motivos, los párrafos transcritos del artículo 17 deben anularse.”

Y lo mismo cabe concluir en el presente caso, por lo que el artículo 6 apartado e) y la Disposición Adicional 3ª de la Ordenanza deben anularse por iguales motivos, el e) ya lo había sido por establecer distancias y así como teniendo en cuenta además que dicho artículo 6 en su apartado f) ya ha sido declarado nulo en la sentencia de doce de diciembre de dos mil tres dictada en el recurso 395/2002.

Por otro lado la impugnación que se realiza en el apartado Décimo de la demanda con relación al artículo 7, éste se refiere a posibilitar la compartición, caso de que se permita la instalación en las cumbreras o vértices de los edificios, pero no se impone, como tampoco se impone en el artículo 13, en su párrafo cuarto, artículo que ya ha sido examinado por otras razones y que en ese párrafo no se determina con carácter obligatorio la compartición, ya que se dice que se procurará y se remite igualmente al artículo 17 de la Ordenanza, por lo que no se les puede hacer extensivo dicho pronunciamiento de nulidad, por cuanto el 7 se refiere al apoyo de las antenas en cumbreras y solo se remite a la compartición de forma incidental, indicando que si la solución posibilita la compartición, pero no se impone la misma, como tampoco se impone en el artículo 13, el cual se refiere a la localización de instalación sobre mástil o estructuras soporte, ya que solo en su párrafo cuarto se habla en idéntico sentido, de que se procurará siempre lograr la utilización compartida, pero no imponiéndola y lo mismo cabe decir del artículo 17, ya que el mismo se refiere en su segundo párrafo a un supuesto en el que sean las mismas operadoras las que pretendan utilizar una determinada localización o estructura soporte, y lo que se impone en ese supuesto, es que no haya separación entre los elementos y exista una composición rítmica, para mejor integración en el paisaje, pero no existe tampoco una imposición de la obligación de compartición de localizaciones, que es lo que determina la nulidad del artículo 6 en su apartados e), el f) por el motivo de establecer distancias y de la Disposición Adicional Tercera.

NOVENO.- En cuanto a la impugnación formulada en el Fundamento 3º de la demanda donde se impugnan los artículos 2.5 y 6 párrafo primero y el artículo 17 respecto a la tecnología de aplicación, por la falta de definición y por la arbitrariedad que supone un concepto tan indeterminado, ya que la propia legislación en materia de telecomunicaciones deja libertad para elegir la tecnología a aplicar, y primero en cuanto a los artículos 2.5 ya que este se refiere a la tecnología existente pero con la finalidad de garantizar el menor impacto paisajístico, lo cual entra dentro de las competencias municipales en materia de urbanismo y el artículo 6 en su párrafo primero exactamente igual ya que se refiere al menor impacto visual, siendo ya examinados en la sentencia dictada en el recurso 421/2002 en el que se dice respecto a los mismos que:

“al establecer en concreto en el apartado 5 del artículo 2 un criterio del menor impacto paisajístico en el entorno, lo que supone según la parte actora, una absoluta incertidumbre e inseguridad jurídica, afirmación que no podemos compartir ya que por un lado estas normas dirigidas a minimizar el impacto visual y proteger el paisaje se encuentran incluidas en todas las Ordenanzas sobre la materia y encuentran su fundamento competencial en la legislación urbanística autonómica, siendo numerosas las resoluciones que sobre este respecto se han pronunciado con relación a la necesidad de adecuación al entorno así la sentencia del TSJ de Andalucía de 29 de febrero de dos mil EDJ 2000/16014 o la del TSJ de Canarias de 28 de mayo de 1999, y estrictamente la sentencia del TS de 18-06-2001 EDJ 2001/31729 , Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos, en su Fundamento duodécimo:

“Aun cuando no concurriera esta causa de inadmisibilidad, no podría apreciarse que la Sala de instancia haya cometido la infracción que se denuncia. Los requisitos establecidos para la solicitud de las licencias y el establecimiento de criterios normativos para su autorización, que se realiza profusamente en la Ordenanza, implica la utilización de criterios técnicos y jurídicos. Éstos, aun teniendo carácter indeterminado, son susceptibles de concreción por la Administración y de control jurisdiccional.

Los ejemplos propuestos por la parte recurrente de preceptos que considera que tienen un contenido discrecional responden a supuestos de discrecionalidad impropia. Se trata de supuestos de discrecionalidad técnica (caso de los artículos 5 y 6, relativos al contenido y aprobación del plan técnico) o de conceptos jurídicos indeterminados (artículos 2.4 y 4, sobre “impacto desfavorable” o “niveles admisibles de impacto”), perfectamente susceptibles de control jurisdiccional.”

Y estos mismos argumentos nos sirven para desestimar igualmente el motivo de impugnación del artículo 6 apartado b) párrafo tercero de la Ordenanza en cuanto a que establece una altura mínima para las antenas, ya que esta exigencia se encuentra dentro las medidas urbanísticas de competencia municipal y se encuentra así mismo justificada por la necesidad de minimización de impacto visual.”

Por lo que en base a lo expuesto el apartado 5 del artículo 2 no era contrario al Ordenamiento Jurídico y en cuanto a la impugnación del apartado 6 del artículo 2 que la actora verifica en el Fundamento Cuarto de la demanda que se impugna tanto por estar obligando a prever distintas alternativas para la instalación como al exigir que se minimice el impacto visual y paisajístico, lo que por otro lado ya había sido recogido por la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia como el de Andalucía en la Sentencia de 29 de febrero de dos mil EDJ 2000/16014 y por esta misma Sala en la sentencia de 9 de enero de 1998 y hemos de indicar que dicho apartado responde al mismo criterio que hemos expuesto con relación al apartado cinco y lo único que se adiciona es la necesidad de contemplar varias alternativas, lo que por un lado no impone que sea en todos los casos, por lo que habrá supuestos que no sea necesario y además estas posibles alternativas no imponen que haya en todo caso de plantearse como supuestos que hayan de materializarse necesariamente con sus contratos correspondientes, como si la instalación fuera a verificarse en todas ellas.

Todo lo cual determina la desestimación del motivo de impugnación número 6 del Fundamento Segundo de la presente sentencia.

Resta también el examen del artículo 17 en su párrafo primero se refiere igualmente a la utilización de la tecnología más avanzada para lograr el menor tamaño y permitir en suma el menor impacto paisajístico, por lo que es este objetivo el que justifica y legitima la medida prevista en la Ordenanza, siendo cierto y reconocido que la legislación de telecomunicaciones acoge el principio de neutralidad tecnológica y deja a las operadoras la libertad de elegir la solución técnica que las convenga, pero aquí esta limitación o determinación viene constreñida por razones urbanísticas que entran de lleno en la competencia municipal y que no pueden ser tachadas de arbitrarias o excesivas, por lo que no procede la estimación de la impugnación del citado artículo, ya que consideramos que no es lo mismo la inclusión de la cláusula de mejora tecnológica con la finalidad de reducción de impacto visual que por razones de limitación de emisiones de radiaciones radioeléctricas que ello si que no sería competencia municipal.

DÉCIMO.- Con relación a la impugnación del artículo 24 y 26 de la referida Ordenanza en cuanto exigen la licencia de apertura y actividad, no siendo estas licencias necesarias, determinando igualmente la impugnación del artículo 25 en cuanto a la documentación a aportar, por ser una reiteración de lo ya exigido por la normativa estatal y autonómica.

Ya que como antes hemos dicho con relación a la impugnación del artículo 2.10 y hemos recogido en la presente sentencia en su Fundamento Séptimo y que damos por reproducido para evitar reiteraciones innecesarias, para concluir igualmente que por ello y en atención a lo expuesto podemos decir que las Ordenanzas Municipales, no son instrumentos jurídicos que puedan establecer y ampliar las distancias de seguridad establecidas en la legislación estatal y autonómica, o exigir licencias de actividad y apertura, sin que rebata este argumento las resoluciones que la Sala de Valladolid haya podido dictar, ya que se refiere a una por un lado a una pieza de medidas cautelares y la resolución del País Vasco invocada, no contempla el supuesto de que una Ordenanza imponga la exigencia de la licencia de actividad, ya que una cosa es esa y otra que las instalaciones de radiocomunicación deban de cumplir los límites de exposición a las emisiones radioeléctricas y las distancias de protección contenidas en la normativa estatal actualmente el artículo 8.7 d) EDL 2001/28611 y el anexo II del RD 1066/2001 EDL 2001/28611 de 28 de septiembre y el artículo 3.1 f) de la Orden CTE/23/2002 de 11 de enero y las normas de desarrollo autonómico en este caso el Decreto 267/2001 EDL 2001/82371 de 29 de noviembre de la Junta de Castilla y León así como Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León EDL 2003/7440 , siendo la normativa autonómica la procedente para determinar la procedencia o no de licencia de actividad y de medidas de seguridad en su caso para la prestación del servicio de telecomunicación, ya que como señala específicamente su exposición de motivos:

“La presente Ley se dicta en ejercicio y desarrollo de la competencia que la Comunidad de Castilla y León ostenta en materia de protección del medio ambiente. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5.º del artículo 34.1. del Estatuto de Autonomía de Castilla y León EDL 1983/7457 , en redacción ordenada por la Ley Orgánica 4/1999, de 8 de enero, la Comunidad de Castilla y León EDL 1999/59886 tiene la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de protección del medio ambiente, en el marco de la legislación básica del Estado, como resulta del apartado 23 del artículo 149.1. de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

Debe destacarse además que el Estatuto de Autonomía de Castilla y León en su artículo 4.1. EDL 1983/7457 Configura al patrimonio natural de la Comunidad como valor esencial para la identidad de la misma, ordenando que sea objeto de especial protección y apoyo.

La vocación de la presente Ley es convertirse en texto legal esencial del Ordenamiento de la Comunidad de Castilla y León para la prevención y tutela del medio ambiente, estableciendo el sistema de intervención administrativa en el territorio de la Comunidad de las actividades, instalaciones o proyectos susceptibles de afectar al medio ambiente, con una finalidad preventiva.

Como respaldo y garantía de la aplicación y efectividad de la Ley, ésta incorpora los mecanismos de inspección y control medioambiental y un régimen sancionador.

Principio inspirador e informador de la Ley es el de desarrollo sostenible en la Comunidad, que haga compatible la actividad económica y empresarial con la protección del medio ambiente en que se desarrolle dicha actividad económica y social.”

Por lo que de ello resulta evidente que lo que no se puede realizar a través de la Ordenanza municipal es establecer medidas como las que nos ocupan, por carecer de la necesaria cobertura competencial, por lo que procede estimar el presente recurso respecto a los artículos 24 y 26 en cuanto determinan la necesidad de licencia de actividad y apertura y en cuanto al 25, la documentación que deberá aportarse será la correspondiente únicamente a la licencia de obra.

Así mismo cabe declarar la nulidad de la Disposición Adicional Cuarta en cuanto si bien precisa que en el momento que la legislación o su desarrollo normativo lo permita podrán establecerse niveles de referencia de emisión de ondas electromagnéticas, esta previsión de futuro resulta superflua y hoy por hoy carente de cobertura competencial.

DECIMOPRIMERO.- Con relación a la impugnación del artículo 3 de la Ordenanza en cuanto a que establece la exigencia del programa global de cobertura de cada operador, lo que resulta técnicamente de imposible cumplimiento.

Sobre este respecto debemos de decir que también se ha pronunciado la Sala en las sentencias antes citadas dictadas en el recurso 156/2002, con ocasión de examinar la Ordenanza de Burgos, indicando que respecto a la prescripción de que se presente el plan de Despliegue, ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada de 24-01-2000 EDJ 2000/529 , en su fundamento Tercero, donde textualmente dice que:

“La aprobación del “plan de actuación” de las Empresas de Servicios a que se refiere el artículo 4 de la Ordenanza no puede entenderse que corresponda al Estado; no es de competencia estatal. Con referencia a todas las Empresas de Servicios, no sólo a “Comunicaciones E., S.A.”, el apartado 1º establece una finalidad y contenido específicamente municipales. Se trata de garantizar la adaptación de las instalaciones de los servicios públicos de suministro en cada momento a las exigencias del desarrollo urbano y al planeamiento urbanístico, y la consecución de los niveles de cantidad, calidad y seguridad establecidos en las disposiciones generales. Y con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de dichas empresas que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento, coincidiendo la información con las revisiones del Plan General vigente y comprensiva de la estimación de las necesidades futuras, ubicación de suministros, señalamiento de líneas generales de transporte y distribución y previsión de obras a realizar para garantizar los suministros permanentes en el plazo que se señala. Debe por ello rechazarse este primer motivo que se refiere al apartado 2º del citado artículo 4.”

Pero es que además este criterio se ratifica en la sentencia antes citada de 18 de junio de dos mil uno EDJ 2001/31729 en su Fundamento Décimo donde puede leerse que

“b) El artículo 6 no resulta ilegal, pues 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.”

Y en la sentencia de la Sala dictada en el Recurso núm.: 185/2002, Ponente D. Eusebio Revilla Revilla, en cuyo fundamento sexto se analiza incluso la diversidad terminológica al respecto:

“Impugna el art. 6 de la ordenanza al considerar que exige una documentación ya presentada ante el órgano competente; se refiere la actora a que dicho artículo exige para poder obtener la licencia urbanística la obligación de presentar un “plan de despliegue” (regulado según la actora en el art. 2 de la Ordenanza) refiriéndose con él al plan de negocio de la compañía. Sin embargo leyendo con detenimiento el art. 6 y el art. 2 de las Ordenanzas impugnadas ninguno de ellos se refiere a dicho plan de despliegue o plan de negocio, toda vez que el art. 6 establece que “con carácter general, se prohíbe cualquier instalación de comunicación o telecomunicación en las fachadas de los edificios, salvo las excepciones que se establecen en los arts. 15 y 27 para antenas de reducidas dimensiones y red de canalizaciones respectivamente”; mientras que en el art. 2 se definen a los efectos de la presente Ordenanza hasta 15 conceptos, no encontrándose entre ellos la expresión “plan de despliegue” o término similar como podía ser “plan de implantación” o “plan de actuación” utilizado en otras ordenanzas y al que se refieren por ejemplo la STS de 24.1.00 EDJ 2001/31729 y la STSJ de Cantabria de fecha 29.9.02, las cuales concluyen afirmando que tales planes no resultan ilegales necesariamente, sin que tampoco sea desproporcionada su exigencia, si con los mismos se pretende la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante 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.”

Razones que determinan que debemos rechazar la impugnación del artículo 3 de la Ordenanza de Ávila que nos ocupa.

DECIMOSEGUNDO.- Con relación a la impugnación del artículo 29 en cuanto se invoca que implica una indudable inseguridad jurídica por cuanto no se determina que elementos o características se entienden determinantes, para que sea preciso obtener una nueva licencia, lo cierto es que de la lectura del artículo en cuestión resulta que no aparece tal indefinición ya que en el precepto se recoge expresamente que están sujetas a los mismos requisitos que la primera instalación la renovación o sustitución completa de una instalación y la reforma de aquéllas características determinantes para su autorización o cambio de alguno de sus elementos por otro de características diferentes a las autorizadas, por lo que de su texto se deduce claramente cuales de los elementos o su cambio, determina una nueva licencia, sin que pueda decirse que incurra en inseguridad jurídica, ya que se precisa que la renovación total o el cambio de las características determinantes de la autorización o el cambio de alguno de los elementos, por otro diferente, es lo que determina la necesidad de nueva licencia, que eso sí será únicamente la licencia de obra, ya que es la única que hemos considerado pertinente de exigencia municipal.

Con relación a la exigencia de seguro de responsabilidad civil que establece el artículo 38 al indicar que las empresas deberán tener suscrito un seguro de responsabilidad civil que cubra posibles daños causados a las personas aun siendo único para todas las

instalaciones del operador, sobre este punto se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Sevilla, Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 12 noviembre 2002, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 1234/2001, Ponente D. José Antonio Montero Fernández EDJ 2002/71607 y en la que se dice:

DECIMOSEXTO.- Impugna la parte actora el art. 9.2.j) 1., sobre el contenido de la documentación a presentar, en el apartado correspondiente a “Memoria”, se exige que se aporte un “seguro de responsabilidad civil que cubra de manera ilimitada posibles afecciones, por irradiación o por caída, a los bienes o a las personas. Este seguro cubrirá cada instalación y no podrá ser un seguro genérico de la totalidad de las mismas”. Esto es, se le impone a las operadoras el deber de contratar un seguro de responsabilidad civil con las características vistas.

Ningún título competencial avala el establecimiento de las condiciones vistas para la concesión de la licencia, ni las exigencias de las referidas garantías poseen contenido urbanístico o medioambiental. El establecimiento, pues, de dicha garantía, con carácter general y omnicompreensivo, en modo alguno responde a criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido que es propio a la Ordenanza, en tanto que delimitado su ámbito material como se ha hecho anteriormente, resulta aquella completamente ajena sin relación alguna a la ordenación técnica de las instalaciones en cuanto puedan afectar al urbanismo o al medio ambiente. Desde esta perspectiva, el que se establezca o no dicha garantía, técnicamente resulta indiferente a efecto de la ordenación y autorización urbanística y para la protección del medio ambiente o la salud pública, tal y como ya han sido delimitadas. Es, pues, una determinación que incide directamente en la regulación sectorial de las telecomunicaciones en cuanto que afecta a requisitos exigidos a las operadoras para la instalación de redes y su utilización, incidiendo directamente en la competencia exclusiva del Estado sobre telecomunicaciones, aparte de afectar al sistema general del régimen de responsabilidad propio del Derecho Civil. Razones que nos han de llevar a declarar la nulidad de la citada disposición.”

Y si bien en el presente caso la exigencia de seguro se refiere solo a daños a las personas y pudiendo ser único para cada operador, en el fondo debemos de coincidir con la sentencia antes citada por cuanto esa exigencia excede del objeto de la presente Ordenanza como vimos al tratar de la motivación y por tanto el artículo 38 debe ser anulado.

Resta examinar también el régimen sancionatorio de la Ordenanza, que la parte recurrente también procede a impugnar, significando que la Jurisprudencia ha reconocido la competencia de las Corporaciones Locales, para por la vía de la reglamentación a través de Ordenanzas, establecer en distintas materias un régimen sancionador, así la sentencia del TSJ Cantabria de 14-03-2003, 485/2002. Ponente Dª María Josefa Artaza Bilbao EDJ 2003/27082 , y la del TSJ Murcia de 30-01-2003 EDJ 2003/32969 , Ponente D. Joaquín Moreno Grau, lo que expresamente vuelve a ratificar la sentencia tantas veces citada, pero que constituye referencia indiscutible en la materia que nos ocupa del TS de 18-06-2001 EDJ 2001/31729 , y en la que además el supuesto contemplado es semejante al que nos ocupa ya que dicha Ordenanza de Barcelona establecía el régimen sancionador con remisión a la Ley del Suelo en materia de infracciones y sanciones, con lo que se invocaba que se infringían los criterios de tipicidad, determinación, proporcionalidad, consagrados por la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 y el Real Decreto 1398/1993 EDL 1993/17573 , a lo que el Tribunal Supremo negaba textualmente en su Fundamento Décimo tercero, in fine, indicando que:

“Por lo demás, la remisión del artículo 10 de la Ordenanza al régimen urbanístico sancionador no suprime los requisitos inherentes a su procedencia y aplicación en cada caso, por lo que no puede considerarse en sí contraria al ordenamiento jurídico.”

Por lo que procede desestimar la impugnación de los artículos 33 a 37 de la Ordenanza de Ávila.

DECIMOTERCERO.- Con relación a la impugnación de la Disposición Transitoria, respecto a la cual la parte recurrente alega que la misma supone una aplicación retroactiva de la Ordenanza, con vulneración de los derechos individuales adquiridos, nos hemos de referir que esta Sala ya ha examinado la misma a la luz de la Jurisprudencia que sobre esta materia específicamente existe, destacando las sentencias del Tribunal Supremo de 18-06-2001, de la que fue Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos EDJ 2001/31729 , y en cuyo Fundamento Décimo quinto se recoge expresamente:

“No obstante, aun cuando se hubiera invocado el principio de irretroactividad de los reglamentos ilegales (recogido hoy en el artículo 62.2 de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común EDL 1992/17271), el motivo no podría ser estimado.

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 1999/1561).

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 (sentencia s 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 EDJ 1997/3099 y 17 de mayo de 1999 EDJ 1999/10481 , entre otras muchas).”

Añadiendo el decimosexto que:

“El examen de las disposiciones transitorias de la Ordenanza revela que se concede el plazo genérico de un año para la obtención de licencia para las antenas ya instaladas 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.

Tampoco puede estimarse como retroactividad en sentido propio la que deriva de la exigencia de supresión de antenas ya instaladas (disposición final segunda, 1). Ésta sólo es obligatoria para las antenas que infrinjan la prohibición de integración en una antena de las exteriores en cada edificio (artículo 2.6). El cumplimiento de esta prohibición, en efecto, implica una adaptación de tipo técnico de las situaciones preexistentes a las nuevas exigencias impuestas por la Ordenanza.”

Y en este mismo sentido la sentencia también del TS de 24-01-2000, Ponente D. Rafael Fernández Montalvo EDJ 2000/529 , en la que se puede leer, en el Fundamento Duodécimo:

“Subyace, en fin, en el último motivo de casación esgrimido, esta vez contra la denegación de la pretendida anulación de la Disposición Transitoria de la Ordenanza, la misma tesis antes rechazada de que es el momento en que se realiza la instalación la que determina incluso ad futurum la normativa que le es aplicable, y que apartarse de ella supone una contradicción inaceptable del principio de irretroactividad. Por el contrario, el establecimiento de que se efectúe, a partir de la entrada en vigor de la Ordenanza, la adecuación de las instalaciones anteriores a las exigencias contenidas en el Capítulo III de la norma reglamentaria, relativo a las instalaciones de servicios, constituye, 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) compatible con la interdicción de la irretroactividad, incluso cuando ésta resulta aplicable, según la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala.

En efecto, la retroactividad de las normas en nuestro ordenamiento viene marcada por determinados preceptos y criterios jurisprudenciales. El artículo 2.3 del Código Civil EDL 1889/1 contiene una norma de aplicación subsidiaria, al establecer la irretroactividad de las Leyes, si éstas no dispusieran lo contrario. El artículo 9.3 CE EDL 1978/3879 eleva a rango constitucional la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Y, en fin, el artículo 62.2 LRJ y PAC EDL 1992/17271 prevé la sanción de nulidad para los reglamentos que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos.

No existe, por tanto, una interdicción general de la retroactividad de las normas, pero en todo caso, cualquiera que sea el criterio interpretativo que se adopte en relación con el mencionado artículo 2.3 CC EDC 1889/1 EDL 1889/1 , ya se entienda que establece una regulación subsidiaria común para cualquier disposición escrita con carácter de generalidad, como ha entendido esta Sala en múltiples sentencias (SSTS 22 de noviembre de 1980, 13 de noviembre de 1981, 26 de enero de 1982, 29 de febrero de 1982 y 15 de abril de 1997), o se mantenga la tesis que la entiende referida solo a las disposiciones con rango de Ley y que existe una prohibición absoluta de retroactividad para los reglamentos, lo cierto es que resultan ineficaces, con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales (Cfr, STS 20-2-1999). Pero es bien conocida la diferencia de los distintos niveles o grados de retroactividad.

Tanto de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional que tiene una primera manifestación en la Sentencia 6/1983, de 4 de febrero EDJ 1983/6 , y luego múltiples referencias en sucesivas sentencias como con la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 18 y 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, que 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, en la que la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados; y, en fin, una retroacción de grado mínimo, en la que la nueva normativa sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior norma. Esta retroactividad de carácter mínimo, en la que se pretenden anudar efectos “ex novo” a situaciones producidas con anterioridad a la propia norma, es aceptada pacíficamente por el Tribunal Constitucional y por este Alto Tribunal, ya que se trata de una retroactividad impropia, en la que la norma incide sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (SSTC 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 SSTS de 18 de marzo de 1995 EDJ 1995/1541 , 15 de abril de 1997 EDJ 1997/3099 , y 17 de mayo de 1999 EDJ 1999/18591 , entre otras muchas).”

Habiendo concluido en el recurso 421/2002 que en el presente caso y dado que los plazos que establece la disposición Transitoria Única de la Ordenanza de Ávila, son diferentes según los supuestos que contempla en sus distintos números, en el primero de ellos se establece un plazo para las instalaciones sin licencia y en el segundo para las que tienen licencia un plazo de cuatro meses para la legalización y presentación de la documentación que en dicha disposición se establece y en el número cinco se fija un plazo de cinco años para las que se encuentran dentro del Conjunto Histórico, el cual no puede considerarse a la vista de la jurisprudencia citada, que incurra en los motivos de impugnación denunciados, por lo que procede su desestimación.

Si bien debemos de precisar, que esta Disposición debe interpretarse en todo caso en el sentido de esta sentencia, y teniendo en cuenta los preceptos anulados entre ellos el artículo 24 de la presente Ordenanza, el cual exigía la obtención de la licencia de actividad.

DECIMOCUARTO.- No se aprecian causas o motivos que justifiquen una especial imposición de costas, de conformidad con el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente:

FALLO

Que se estima en parte el recurso contencioso administrativo número 428/2002 interpuesto por la Entidad Telefónica Móviles España S.A. representada por la Procuradora D^a Lucia Ruiz Antolín y defendida por el Letrado D. Santiago Álvarez Sala contra la Ordenanza reguladora de las Condiciones de Localización, Instalación y Funcionamiento de los Elementos y Equipos de Telefonía en el término Municipal de Ávila aprobada por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos de 30 de abril de dos mil dos, publicada en el BOP el 21 de junio de dos mil dos y en consecuencia se declara:

1º La nulidad del artículo 2.10 relativo a las Zonas sensibles y la del artículo 2.3 solo en su párrafo segundo:

“En suelo rústico no podrán instalarse centros emisores o antenas a una distancia inferior a 300 metros del límite del suelo urbano o urbanizable ni de ninguna vivienda o edificación aislada existente en suelo de esta naturaleza.”

2º Se declara la nulidad del artículo 6.e), en cuanto a la imposición de compartición.

3º Se declara la nulidad del artículo 6 f).

4º Se declara la nulidad del artículo 13 en su párrafo segundo.

5º Se declara la nulidad del artículo 24 en el párrafo segundo que establece:

Igualmente estarán sometidas a la pertinente licencia de actividad y de apertura como actividades clasificadas

Por lo que también procede la nulidad del artículo 4 in fine

En todo caso será preceptiva la tramitación de la pertinente licencia de actividades clasificadas.

6º Se declara la nulidad del artículo 38.

7º Se declara la nulidad de la Disposición Adicional Tercera en su totalidad.

Se desestima en lo demás el presente recurso y todo ello sin especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en este recurso.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de casación que se preparará ante esta Sala en el plazo de 10 días desde su notificación.

Una vez firme esta sentencia, procédase a publicar la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial de la Provincia, devuélvase el expediente administrativo al Órgano de procedencia con certificación de esta resolución para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. González García.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la Sentencia anterior por la Il^{ta}. Sra. Magistrada Ponente Sra. González García, en la sesión pública de la Sala Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), que firmo en Burgos a nueve de enero de dos mil cuatro, de que yo el Secretario de Sala, certifico.

AUTO DE ACLARACIÓN

En la ciudad de Burgos, a veintisiete de enero de dos mil cuatro.

HECHOS

PRIMERO.- En esta Sala se sigue recurso contencioso administrativo número 428/2002 en el que recayó sentencia de fecha nueve de enero de dos mil cuatro, cuyo Fallo dice textualmente:

“Que se estima en parte el recurso contencioso administrativo número 428/2002 interpuesto por la Entidad Telefónica Móviles España S.A. representada por la Procuradora D^a Lucia Ruiz Antolín y defendida por el Letrado D. Santiago Álvarez Sala contra la Ordenanza reguladora de las Condiciones de Localización, Instalación y Funcionamiento de los Elementos y Equipos de Telefonía en el término Municipal de Ávila aprobada por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos de 30 de abril de dos mil dos, publicada en el BOP el 21 de junio de dos mil dos y en consecuencia se declara:

1º La nulidad del artículo 2.10 relativo a las Zonas sensibles y la del artículo 2.3 solo en su párrafo segundo:

“En suelo rústico no podrán instalarse centros emisores o antenas a una distancia inferior a 300 metros del límite del suelo urbano o urbanizable ni de ninguna vivienda o edificación aislada existente en suelo de esta naturaleza.”

2º Se declara la nulidad del artículo 6.e), en cuanto a la imposición de compartición.

3º Se declara la nulidad del artículo 6 f).

4º Se declara la nulidad del artículo 13 en su párrafo segundo.

5º Se declara la nulidad del artículo 24 en el párrafo segundo que establece:

Igualmente estarán sometidas a la pertinente licencia de actividad y de apertura como actividades clasificadas

Por lo que también procede la nulidad del artículo 4 in fine

En todo caso será preceptiva la tramitación de la pertinente licencia de actividades clasificadas.

6º Se declara la nulidad del artículo 38.

7º Se declara la nulidad de la Disposición Adicional Tercera en su totalidad.

Se desestima en lo demás el presente recurso y todo ello sin especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en este recurso.”

SEGUNDO.- Notificada tal resolución a las partes por la recurrente se solicito aclaración en los términos expuestos en el escrito de fecha 22 de enero de dos mil cuatro.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De conformidad con lo preceptuado en el art. 267.1 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754 , los Jueces y Tribunales no podrán variar las resoluciones una vez firmadas, pero si aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan, añadiendo en su número 2 EDL 1985/8754 que los errores materiales manifiestos y los aritméticos podrán ser rectificadas en cualquier momento. Y examinados nuevamente los autos se ha incurrido en un error también en el citado Auto de aclaración de 16 de octubre de dos mil tres, que se procede a corregir en la presente resolución.

SEGUNDO.- En el presente caso es evidente a la vista por un lado de quien es la parte recurrente tal y como consta en autos se ha producido un error tanto en el Fallo como en el Encabezamiento de la Sentencia ya que la parte recurrente es en el presente recurso es Retevisión Móvil S.A y no la Entidad Telefónica Móviles España S.A. por lo que la sentencia ha de aclararse en ese extremo así como el Fallo omite la declaración de nulidad de lo que si se recoge en el Fundamento Décimo en cuanto a los artículos 26 y 25 en el sentido indicado en la sentencia y la Disposición Adicional Cuarta.

LA SALA ACUERDA

Proceder a aclarar la sentencia dictada en el presente recurso 428/2002 con fecha nueve de enero de dos mil en el sentido de que el Fallo de la referida sentencia ha de decir:

“Que se estima en parte el recurso contencioso administrativo número 428/2002 interpuesto por la RETEVISIÓN MÓVIL S.A. representada por la Procuradora D^a Lucia Ruiz Antolín y defendida por el Letrado D. Santiago Álvarez Sala contra la Ordenanza reguladora de las Condiciones de Localización, Instalación y Funcionamiento de los Elementos y Equipos de Telefonía en el término Municipal de Ávila aprobada por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos de 30 de abril de dos mil dos, publicada en el BOP el 21 de junio de dos mil dos y en consecuencia se declara:

1º La nulidad del artículo 2.10 relativo a las Zonas sensibles y la del artículo 2.3 solo en su párrafo segundo:

“En suelo rústico no podrán instalarse centros emisores o antenas a una distancia inferior a 300 metros del límite del suelo urbano o urbanizable ni de ninguna vivienda o edificación aislada existente en suelo de esta naturaleza.”

2º Se declara la nulidad del artículo 6.e), en cuanto a la imposición de compartición.

3º Se declara la nulidad del artículo 6 f).

4º Se declara la nulidad del artículo 13 en su párrafo segundo.

5º Se declara la nulidad del artículo 24 en el párrafo segundo que establece:

Igualmente estarán sometidas a la pertinente licencia de actividad y de apertura como actividades clasificadas.

Y se declara la nulidad del artículo 26 y del 25 en el sentido de que no se puede exigir por la Corporación licencia de actividad y apertura y será la documentación que deba aportarse la correspondiente a la licencia de obra.

Se declara la nulidad de la Disposición Adicional Cuarta.

Por lo que también procede la nulidad del artículo 4 in fine

En todo caso será preceptiva la tramitación de la pertinente licencia de actividades clasificadas.

6º Se declara la nulidad del artículo 38.

7º Se declara la nulidad de la Disposición Adicional Tercera en su totalidad.

Se desestima en lo demás el presente recurso y todo ello sin especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en este recurso.”

En el mismo sentido ha de aclararse el Encabezamiento de la referida sentencia en cuanto a donde dice Entidad Telefónica Móviles S.A debe decir RETEVISIÓN MÓVIL S.A.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así lo acuerdan y firman los Il^lmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala, de todo lo cual, yo el Secretario, doy fe.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 09059330012004100004