

Roj: STS 27/2012
Id Cendoj: 28079130042012100011
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 6405/2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: ANTONIO MARTI GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Enero de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, el recurso de casación número 6405/2005, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Letrado Consistorial D. José Manuel Pacheco Ramos, en nombre y representación del Ayuntamiento de Almonte, contra la sentencia dictada el día 9 de septiembre de 2005 por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla (sección segunda), en el recurso contencioso- administrativo número 776/2002 , en el que se impugnaba la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Instalaciones de Radiocomunicación en el término municipal de Almonte.

Habiendo comparecido como parte recurrida Telefónica Móviles España, S.A., representada por medio de la Procuradora de los Tribunales D^a. Carmen Ortiz Cornago.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla (Sección 2^a), dictó sentencia en fecha 9 de septiembre de 2005 en los autos número 776/2002 , cuyo fallo resuelve: "**Con estimación parcial del recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad actora contra la referida resolución del Ayuntamiento de Almonte (Huelva), declaramos la nulidad de los siguientes preceptos: art. 2, 4º y 5º, art. 28, 5º, art. 37, art. 38.2.b), art. 39, art. 40. B) y D.T. 2ª, 1º y 2º de la Ordenanza de referencia. No ha lugar a pronunciamiento sobre las costas. Llévase esta resolución al libro de su razón y devuélvase el expediente a su lugar de origen con certificación de aquélla.**".

SEGUNDO .- Una vez notificada la citada sentencia la parte recurrente manifiesta su intención de preparar recurso de casación y por providencia de 10 de octubre de 2005 se tiene por preparado el recurso de casación, siendo las partes emplazadas ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO .- En su escrito de formalización del recurso de casación, la parte recurrente interesa se case y anule la sentencia recurrida, dictándose otra que declare haber lugar al recurso contencioso-administrativo, anulando y dejando sin efecto la actuación inicialmente recurrida, con retroacción de actuaciones de manera subsidiaria, con sustento en dos motivos de casación.

El primero, al amparo del artículo 88.1,c) de la Ley Jurisdiccional , por incurrir la sentencia impugnada en infracción de los artículos 33 y 67 de la Ley Jurisdiccional , con producción de indefensión, al no haber podido dicha parte procesal alegar nada respecto la ampliación efectuada por la Sala de las pretensiones de la parte recurrente, en relación con la nulidad de la totalidad de los artículos 37 y 39 de la Ordenanza y de la nulidad del artículo 38.2.b).

El segundo, con la rúbrica del artículo 88.1,d) de la Ley de esta Jurisdicción , aduce que la sentencia infringe, por aplicación indebida, los art. 2.1.4 y 25.2 de la Ley 7/1985 , reguladora de las Bases del Régimen Local; el art. 42 de la Ley 14/1986, General de Sanidad , y; el art. 45 de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones .

CUARTO .- Por la representación de Telefónica Móviles España, S.A. se solicitó la desestimación del primer motivo del recurso de casación, y la inadmisión o subsidiariamente desestimación del segundo de los motivos, por alegar no incurrir la sentencia en las infracciones denunciadas, con imposición de las costas por ser preceptivas.

QUINTO .- Por providencia de 21 de diciembre de 2011, se señaló para votación y fallo el día 10 de enero de 2012, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de casación que enjuiciamos se impugna por la representación procesal del Ayuntamiento de Almonte, la sentencia dictada el día 9 de septiembre de 2005 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía , que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo por dicha entidad interpuesto contra el Acuerdo de 6 de septiembre de 2002, adoptado por el Plenario del Ayuntamiento de Almonte, que aprobó definitivamente la Ordenanza Municipal reguladora de las Condiciones Urbanísticas de Localización, Instalación y Funcionamiento de Elementos de Equipos de Telecomunicación en el municipio de Almonte.

Es ésta la segunda ocasión que tiene este Tribunal Supremo de conocer el defecto de congruencia que se alega producido por la Sala de instancia, al resolver los recursos interpuestos por distintas compañías de telefonía móvil contra aquella misma Ordenanza, producido a juicio del municipio de Almonte al resolver pretensiones no deducidas en demanda, sin haber hecho uso de la facultad conferida por el artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción .

Así, en nuestra Sentencia de 26 de febrero de 2008 (rec. 9463/2004), recaída como hemos dicho en relación el enjuiciamiento efectuado por la Sala de instancia sobre esta misma Ordenanza, a instancia de operadora distinta, declaramos:

"El motivo debe ser estimado, pues el estudio del escrito de demanda no permitía descubrir que el vicio de ilegalidad que la parte actora imputaba en concreto a aquella Disposición transitoria segunda fuera uno como el que apreció la Sala de instancia en su sentencia. No permitía descubrir, en primer término y sobre todo, que imputara a esa Disposición el establecimiento de una cláusula como la que define dicha Sala, esto es, de una que obligue a la adaptación de los equipos a los últimos avances tecnológicos; ni tampoco, al menos con la nitidez mínima necesaria para percibir que ello era una de las cuestiones planteadas, que imputara a una obligación de ese tipo el vicio o ilegalidad de invasión de competencias que sólo atañen al Estado. En consecuencia, la garantía de la posibilidad de un debate contradictorio, que constituye en sí misma la primera exigencia del derecho de defensa, hubiera debido llevar a la Sala de instancia a hacer uso de la facultad que confiere aquel artículo 33.2 una vez que percibió la posibilidad de que aquella Disposición incurriera en un vicio como el que finalmente apreció.

Debemos, así, ordenar la retroacción de las actuaciones procesales a un momento anterior a aquél en que la Sala de instancia dictó sentencia, para que haga uso de la facultad conferida por ese artículo 33.2; pues es esta solución la que mejor garantiza la exigencia de un debate contradictorio y, con él, la que mejor preserva o satisface el derecho de defensa; siendo también la seguida por este Tribunal Supremo en supuestos similares (así, entre otras, en las sentencias de 9 de abril de 1996 y 13 de mayo de 2005 , dictadas respectivamente en los recursos de casación números 6704 de 1993 y 5899 de 2001)."

SEGUNDO .- Doctrina que es aquí, de nuevo, de aplicación, por cuanto la sentencia decide anular el artículo 28.5º de la Ordenanza a pesar de motivar en el fundamento sexto la desestimación de la impugnación que del mismo efectuaba la demanda, sin que a la par haya ofrecido la posibilidad a las partes de conocer qué otro fundamento a juicio de la Sala sea merecedor de su nulidad, que tampoco explica en qué consista.

Ocurre de semejante manera respecto el artículo 37 de la Ordenanza (" *Las acciones u omisiones que vulneren lo dispuesto en esta Ordenanza respecto de las normas urbanísticas sobre localización, instalación y funcionamiento de los equipos de telecomunicación constituyen infracciones urbanísticas que serán sancionadas de conformidad con lo establecido en la normativa urbanística vigente y en los artículos siguientes* "), que únicamente impugnaba la demanda en su inciso "... y funcionamiento ...", por referir que con el mismo se permite al municipio sancionar en materia de telecomunicaciones sobre la que carece de competencia sectorial; y el artículo 39 de la misma (" *Sin perjuicio de lo dispuesto respecto de la responsabilidad de conservación y retirada de las instalaciones de los equipos de telecomunicación, podrán ser sujetos solidariamente responsables de la comisión de las infracciones tipificadas en esta Ordenanza: el*

la promotor/a de la obra y/o de la actividad, quien realizase la instalación y el/la propietario/a del equipo de telecomunicación"), del que tan sólo se reprochaba la ilegalidad del inciso "... solidariamente ...", al establecer un régimen de responsabilidad solidaria sin que venga así previsto en la Ley, y que la sentencia decide anular ambos en su integridad, por referir que el primero escapa a la competencia municipal, y que el segundo transgrede el régimen sancionador general.

Dicho esto, el principio de congruencia de la sentencia se resiste a que pueda concederse más o cosa distinta a lo solicitado en el recurso, sin que previamente el Tribunal haya dado oportunidad a las partes procesales de debate y defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi* (STC 227/2000), como que la omisión del trámite previsto a este efecto en el artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional , siendo procedente, es causa de efectiva lesión a la tutela judicial efectiva (así STC 29/1999 , 218/2004 , 53/2005 , 40/2006 y 278/2006), tal como aquí se alega producido en el primer motivo del recurso de casación, que por ello se estima para que la Sala de instancia proceda de conformidad las exigencias del principio de contradicción.

En consecuencia, sin necesidad de examinar el segundo motivo, procede ordenar la retroacción de las actuaciones procesales al momento anterior a aquél en que el Tribunal de instancia dictó sentencia para que haga uso de la facultad conferida por el citado art. 33. 2 LJCA , tal como reiteradamente ha proclamado esta Sala en supuestos similares (así STS de 26 de febrero de 2008 , 31 de marzo de 2008 , 30 de junio de 2010 , 8 de marzo de 2011 y 28 de junio de 2011 , recursos 9463/2004 , 3577/2005 , 4206/2008 , 4969/2008 y 11430/2004 , respectivamente).

TERCERO .- No hay motivos para imposición de las costas de este recurso conforme al art. 139.2 LJCA .

FALLAMOS

Ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal del Ayuntamiento de Almonte, contra la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla (Sección 2ª), en el recurso contencioso administrativo núm. 776/2002 , deducido contra el Acuerdo de 6 de septiembre de 2002, adoptado por el Plenario del Ayuntamiento de Almonte, que aprobó definitivamente la Ordenanza Municipal reguladora de las Condiciones Urbanísticas de Localización y Funcionamiento de Elementos y Equipos de Telecomunicaciones, y en su virtud: **PRIMERO** .- Casamos y anulamos la citada sentencia. la cual se anula. **SEGUNDO** .- Haber lugar a la reposición de las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la sentencia, para que el Tribunal de instancia haga uso de la facultad conferida por el art. 33.2 LJCA , y dicte nueva sentencia. Sin que haya lugar a imponer las costas causadas en este recurso de casación.

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