

Roj: STS 7696/2011
 Id Cendoj: 28079130042011100625
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 4
 Nº de Recurso: 191/2008
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: ANTONIO MARTI GARCIA
 Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Noviembre de dos mil once.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, el recurso de casación número 191/2008, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don José Carlos García Rodríguez, en nombre y representación de "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", contra la sentencia dictada el día catorce de junio de dos mil siete por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, recaída en los autos número 1052/2007, en el que se impugnaba la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Infraestructuras Radioeléctricas en el término municipal de Ondara (Alicante).

Habiendo comparecido como parte recurrida el Ayuntamiento de Ondara, representado por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Antonio González Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección tercera, en los autos número 96/2005, dictó sentencia el día 14 de junio de 2007, cuyo fallo dice: **"1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo núm. 96/2005, deducido por Retevisión Movil S.A. -sucedida procesalmente por France Telecom España S.A- frente a la aprobación definitiva por el Ayuntamiento de Ondara de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Infraestructuras Radioeléctricas -B.O.P. de Alicante nº 265, de 17 de noviembre de 2004-. 2.- Anular, por ser contrarios a Derecho, los siguientes arts. de la Ordenanza recurrida: arts. 10, 11 y 12, en cuanto exigen licencia de actividad y funcionamiento, art. 13, punto 1, párrafo segundo, art. 17 y art. 20. 3.- Desestimar, en lo demás, el presente recurso. 4.- No hacer expresa imposición de costas procesales."**

SEGUNDO.- Por la representación procesal de "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", se interpuso recurso de casación mediante escrito presentado el 30 de julio de 2007.

TERCERO.- Mediante providencia dictada el día 15 de septiembre de 2008, por la Sección Primera de esta Sala se acordó la admisión del recuso interpuesto. Asimismo, se acordó, conforme a las normas establecidas para el reparto de asuntos, remitir las actuaciones a la Sección Tercera, donde se tuvieron por recibidas el 28 de noviembre de 2008.

La Sección Tercera de esta Sala acordó mediante providencia de 21 de septiembre de 2010 suspender el señalamiento efectuado y remitir las actuaciones a esta Sección Cuarta, conforme a las reglas de reparto de asuntos, donde se tuvieron por recibidas el día 15 de noviembre de 2010.

CUARTO.- Mediante escrito presentado el veintiuno de enero de dos mil nueve, el Ayuntamiento de Ondara manifestó su oposición al recurso de casación planteado de contrario, proponiendo su desestimación íntegra.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 8 de noviembre de 2011, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de casación que enjuicamos se impugna por la representación procesal "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 14 de junio de 2007 , que estimó parcialmente el recurso contencioso- administrativo interpuestos por aquella misma, contra la aprobación definitiva por el Ayuntamiento de Ondara de la Ordenanza Municipal Regulara de la Instalación y Funcionamiento de Infraestructuras Radioeléctricas del proceso de Ubicación, Instalación y Funcionamiento de Infraestructuras Radioeléctricas -B. O. P. de Alicante nº 265, de 17 de noviembre de 2004-.

La sentencia de instancia parte de la conceptualización de las atribuciones administrativas sobre la ordenación de las telecomunicaciones como competencias concurrentes, trayendo a colación las líneas esenciales de la intervención de los Municipios en la materia, presidida por el principio de autonomía municipal, tal como fueron reflejadas en nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2003 y 24 de enero de 2000 .

Tras ello, analizó los diferentes artículos impugnados por las partes recurrentes. En concreto, y atendiendo al contenido impugnatorio del escrito de interposición, interesa dejar constancia del fundamento de derecho segundo de la sentencia impugnada, en que, mediante remisión a la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido contra aquella misma Ordenanza a instancia de "Telefónica Servicios Móviles, S.A.", se resuelven las cuestiones que habrán de centrar nuestro análisis:

"(...) SEXTO.- Se argumenta en la demanda que los *artículos 3* y siguientes de la Ordenanza suponen una extralimitación competencial al someter la instalación de antenas de telefonía móvil a un Plan de implantación que contemple el conjunto de todas sus instalaciones radioeléctricas dentro del término municipal de Ondara.

En efecto, bajo el enunciado de PLANIFICACIÓN DE LA IMPLANTACIÓN Y DESARROLLO el Capítulo II de la Ordenanza cuestionada regula en el *artículo 3* la obligación y objeto de la planificación (el conjunto de todas sus instalaciones radioeléctricas a instalar en el término municipal), en el *artículo 4el* contenido del Plan de Implantación, en el *artículo 5* los criterios para la elaboración del Plan de Implantación, en el *artículo 5* los efectos y en el *artículo 7* la actualización y modificación del Plan de Implantación.

Procederá examinar, pues, si un Ayuntamiento puede exigir un plan que contemple de forma coordinada la implantación en su término municipal de las diversas infraestructuras de telecomunicaciones, para una mejor ordenación urbanística, medioambiental, de atenuación de impacto visual y, en definitiva, de ordenación del territorio y de sus servicios.

En tal sentido, conviene reseñar la doctrina sentada por la citada sentencia del Tribunal Supremo de 15-12-2003 , que dispone en el apartado c) de su fundamento jurídico tercero:

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

Por otra parte, la observancia de la normativa estatal en la materia y de las directrices emanadas de la Administración estatal en el marco de sus competencias queda garantizada mediante la exigencia de que el plan técnico se ajuste a los correspondientes proyectos técnicos aprobados por el Ministerio competente.

El hecho de que la instalación de antenas para telefonía móvil esté vinculada a la aprobación del plan técnico a que se refieren los *artículos 7* y *9* de la Ordenanza constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia. Y no pueden considerarse ilegales en cuanto establecen la indicada exigencia y señalan un contenido del plan tendente a garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas para la protección de los edificios, conjuntos catalogados, vías públicas y paisajes urbanísticos. Se tratan de materias estrechamente relacionadas con la protección de intereses municipales respecto de los que no sólo tiene competencia el Ayuntamiento sino que éste tiene encomendada la función de proteger.

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

En consecuencia, teniendo en cuenta que la exigencia de un plan de implantación por parte de la Corporación demandada se ha realizado dentro de su ámbito competencial, pareciendo razonable y proporcionada, y considerando que tiende a garantizar la mejor organización territorial y a la adecuación de la red de telefonía móvil a la oportuna protección de los intereses públicos ambientales, urbanísticos y culturales, procederá rechazar la pretensión anulatoria de la demanda respecto a los arts. 3, 4, 5, 6 y 7 de la Ordenanza objeto de este proceso.

SÉPTIMO.- Argumenta la demanda que el *artículo 8* de la Ordenanza Municipal es nulo por invadir competencias estatales, suponiendo además un exceso sobre las competencias municipales en materia urbanística. En concreto se impugna la fijación de distancias (*artículo 8.2 -a*), la compartición de infraestructuras del *artículo 8.3 -a*) y, en general, las condiciones de implantación, distancias de seguridad y valores máximos de emisiones radioeléctricas establecidas en los arts. 8 y siguientes.

Dispone el *artículo 8* de la Ordenanza lo siguiente:

"*Artículo 8* .- Limitaciones de Instalación.

1. De salubridad. La instalación y el funcionamiento de las infraestructuras radioeléctricas deberán observar con rigor la normativa vigente en materia de exposición humana a los campos electromagnéticos, en especial la establecida en el *Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre* , por el que se aprueba el Reglamento que establece, entre otras, medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, y en particular:

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

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

2. Urbanísticas.

A) Con carácter general, se prohíbe la instalación en la fachada de los edificios de las infraestructuras radioeléctricas incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ordenanza, a excepción del cableado. Asimismo, su instalación sobre cubierta se realizará de forma que se reduzca su impacto visual sobre la vía pública.

B) Sin perjuicio de la normativa específica, no podrán establecerse instalaciones de radiocomunicación en los bienes inmuebles de interés cultural declarados monumentos por la Ley del Patrimonio Histórico.

C) Se limitarán las instalaciones en los conjuntos histórico-artísticos, zonas arqueológicas y jardines declarados como bienes de interés cultural, obligándose a incorporar las medidas de mimetización o las soluciones específicas que minimicen el impacto visual.

D) Cualquier instalación que se solicite en un edificio protegido precisará del dictamen favorable de la Comisión Municipal de Patrimonio..

3. Uso compartido.

A) El Ayuntamiento podrá establecer la obligación de compartir emplazamiento para aquellas instalaciones que se ubiquen en terrenos de dominio público

B) Cuando se trate de la utilización por diferentes operadores de una determinada ubicación, se procurará la menor separación entre las diferentes antenas y la mejor composición rítmica, para lograr la máxima integración en el paisaje urbano.

Pues bien, entrando en el estudio del *artículo 8.1* de la Ordenanza, resulta desacertada su impugnación por la parte demandante por ser plenamente ajustado a derecho lo que resulta ser una invocación de la exigibilidad en materia de exposición humana a los campos electromagnéticos de la reglamentación prevista en el RD 1066/2001, de 28 de septiembre, lo que constituye una correcta remisión a la normativa aplicable, por cierto, de carácter estatal, y sin que se disponga medida alguna que contradiga o modifique las regulación de tal reglamentación sobre condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

Respecto a las limitaciones urbanísticas del *artículo 8.2* de la Ordenanza, nos encontramos ante la reglamentación por una Corporación de local de una materia de su competencia, pues no cabe duda que las

exigencias de esa norma guardan directa relación con la ordenación urbanística (*artículo 25.2- d*) LBRL), protección del medio ambiente (*artículo 25.2 f*) LBRL) y patrimonio histórico-artístico (*artículo 25.2e*) de dicho texto legal), siendo razonables y proporcionadas.

En relación a la compartición de emplazamientos del *artículo 8.3* de la Ordenanza, esta Sala ya expuso su punto de partida al respecto en la mencionada sentencia nº 1626/2003, de 30 de septiembre , afirmando que:

"Esta perspectiva que estamos analizando bajo el prisma técnico y sanitario se puede ver reflejada en la normativa europea sobre redes y servicios de telecomunicación, nos estamos refiriendo a la normativa de algunas ordenanzas que obligan a la compartición de antenas por parte de las compañías sobre telefonía móvil, las Ordenanzas Municipales que asumen este criterio pretenden reducir el número de antenas móviles, no obstante, la normativa europea no asume este punto de vista ni desde la perspectiva de la libre competencia ni desde la perspectiva de reducción del número de antenas, baste la lectura de los antecedentes 23 y 24 de la *"..Directiva 2002/21 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002* , relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco):

(23) El uso compartido de recursos puede resultar beneficioso por motivos de ordenación territorial, de salud pública o medioambientales y las autoridades nacionales de reglamentación deben fomentarlo sobre la base de acuerdos voluntarios. Cuando las empresas no dispongan de alternativas viables, puede resultar adecuado imponer la obligación de compartir recursos o propiedades. Ello incluye, entre otras cosas, la ubicación física y el uso compartido de conductos, edificios, repetidores, antenas o sistemas de antenas. La obligación de compartir recursos o propiedades sólo debe imponerse a las empresas tras una consulta pública completa.

(24) En caso de que los operadores de telefonía móvil estén obligados a compartir torres o mástiles por motivos medioambientales, esta exigencia puede suponer una reducción en los niveles máximos de potencia transmitida autorizada a cada operador por razones de salud pública, lo que, a su vez, puede requerir que los operadores instalen más emplazamientos de transmisión para garantizar la cobertura nacional"

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

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

En consecuencia, deberá desestimarse la demanda en lo relativo a la pretensión anulatoria del *art. 8* de la Ordenanza.

Por último, la demanda menciona la falta de objetividad e irregularidad de las Disposiciones Transitorias de la Ordenanza, que deberá desestimarse pues, como afirma la STS de 15-12-2003 ya citada no suponen "...una eficacia retroactiva incompatible con la prohibición del *artículo 9.3 de la Constitución o el Título III* del RDU.

En primer lugar, no se trata de disposiciones sancionadoras o restrictivas de derecho, en el sentido estricto en que acoge este concepto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Persigue, en efecto, la implantación de una nueva regulación que por su carácter uniforme requiere el establecimiento de un régimen general.

En segundo término, aun desde la perspectiva del principio de irretroactividad de los reglamentos recogido hoy en el *artículo 62.2 LRJyPAC* , el motivo tampoco puede ser acogido.

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).

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que arranca de la sentencia 6/1983, de 4 de febrero , y se recoge en la jurisprudencia de esta Sala (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1994 , 22 de junio de 1994 , 5 de febrero de 1996 y 15 de abril de 1997), 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 , 99/1987 , 227/1988 , 210/1990 y 182/1997 , entre otras, y sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995 , 15 de abril de 1997 y 17 de mayo de 1999 , entre otras muchas)

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

SEGUNDO .- La parte recurrente interesa en su escrito de formalización del recurso de casación que se case y anule parcialmente la sentencia recurrida, mostrando su conformidad con la parte dispositiva que le ha sido favorable y dictándose otra que, ciñéndose al resto de los pronunciamientos que le fueron desfavorables, estime íntegramente el recurso contencioso- administrativo, declarando la nulidad íntegra de la Ordenanza y, subsidiariamente, de los *artículos 1, 3, 4, 5, 6, 8.1, 8.2, 8.3, 9.1* , *Disposición Transitoria Primera* y *Disposición Transitoria Segunda* .

Ello con sustento en cuatro motivos de casación, articulados todos ellos al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción* , estimando que la sentencia recurrida, al desestimar tales peticiones, infringe las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, habida cuenta que los preceptos impugnados de la Ordenanza de Ondara pretende regular las condiciones de instalación de las infraestructuras de telecomunicaciones de tal modo que el Ayuntamiento de dicha población se excede de sus estrictas atribuciones competenciales en materia de utilización del dominio público radioeléctrico y en materia de salud, fijando las condiciones en que debe procederse al uso compartido de infraestructuras, imponiendo un plan técnico de implantación e introduciendo normas de protección de la salud y ambiental que no le corresponde, en tanto que los ayuntamientos no están investidos de la potestad para dictar normas adicionales de protección respecto de las estatuidas por el Estado, de conformidad con lo dispuesto en el *Real Decreto 1066/2001* , así como ordenando la aplicación de la Ordenanza a situaciones anteriores y, concretamente:

- *Artículo 1, 8.1 y 9.1* ; en cuanto a las limitaciones de las instalaciones por criterios de salubridad y límites específicos de exposición electromagnética para la protección de la salud pública mediante restricciones para zonas determinadas que se definen como sensibles, y el establecimiento de condiciones de protección ambiental, arrogándose de este modo el municipio la competencia para el control de dichos niveles de exposición electromagnética, de competencia exclusiva estatal.

- *Artículo 3, 4, 5, 6 y 7* ; por exigir un plan técnico de implantación, pese carecer el municipio de competencia al efecto, e infracción del *artículo 149.1* de la Constitución Española por cuya virtud el Estado tiene competencia normativa exclusiva sobre la materia de telecomunicaciones.

- *Artículo 14.1 y 14.3* ; preceptos que deberían ser anulados por infringir la precitada normativa en cuanto a la competencia exclusiva del Estado sobre la regulación de las telecomunicaciones y de las condiciones relativas a los límites de las instalaciones por cuestiones de protección ambiental y salubridad.

- *Artículo 8.2 y 8.3* ; pues no existe causa ambiental o urbanística que justifique la prohibición de la instalación de infraestructuras radioeléctricas en las fachadas de los edificios, habida cuenta que por obvios motivos técnicos derivados de la optimización del espectro radioeléctrico y minorar el límite de las emisiones, es precisamente en muchos casos óptimo y necesario emplazar las instalaciones cerca de las fachadas o medianeras, así como infringir el *artículo 30 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones* , en cuanto es el Estado el competente para determinar los supuestos en que debe procederse al uso compartido de las instalaciones, y siempre partiendo del previo acuerdo con los operadores.

- *Disposición Transitoria Primera* y *Disposición Transitoria Segunda* , que infringen los *artículos 2.3 del Código Civil* , el *artículo 9.3* de la Constitución Española y el *artículo 9 del Reglamento de Servicio de*

las Corporaciones Locales , en cuanto exige la adecuación a la Ordenanza de las licencias concedidas con anterioridad a la misma, y su aplicación a las solicitudes pendientes de resolución.

TERCERO.- Conviene recordar, antes de entrar al detalle de los motivos invocados por la parte recurrente, el marco en que se mueve el ejercicio de las competencias atribuidas a los Municipios cuando afecte a la regulación de las telecomunicaciones, tal como fue expuesto en nuestras Sentencias de 15 de diciembre de 2003, recurso 3127/2001 , de 4 de julio de 2006, recurso 417/2004 , al resumir que:

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

Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de "calas y canalizaciones" o instalaciones en edificios (art. 4.1 a) LRBRL y 5 RSCL), tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos (artículo 25.2 a)), ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas (artículo 25.2 b)), protección civil, prevención y extinción de incendios (artículo 25.2 c)), ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (artículo 25.2 d)), protección del medio ambiente (artículo 25.2 f)), patrimonio histórico-artístico (artículo 25.2 e)) y protección de la salubridad pública (artículo 25.2 f)).

2º) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.

Pero, claro está, sin negar in radice la competencia municipal para establecer mediante ordenanza una regulación que contemple los intereses indicados."

Desde este planteamiento general, se trata ahora contrastarlo con los *preceptos de la Ordenanza cuya legalidad se cuestiona en aquellos tres* bloques de cuestiones: 1/ la competencia municipal para establecer medidas adicionales de restricción a las previstas en el *Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre* por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas; 2/ exigencia del denominado Plan de Implantación de las instalaciones radioeléctricas en el término municipal, e imposición del uso compartido de las instalaciones a las empresas operadoras del sector y; 3/ régimen de la transitoriedad de las instalaciones autorizadas y de las pendientes de autorización a la nueva Ordenanza.

CUARTO.- El primero de este grupo de motivos del recurso plantea, una vez más la posibilidad de que las Ordenanzas Municipales puedan establecer restricciones, desde el punto de vista de la localización geográfica, a la instalación de antenas en el término municipal. Dicha cuestión ha sido tratada y resuelta con reiteración por esta Sala, que hemos resuelto atendiendo a criterios de coherencia y de unidad de doctrina, a lo ya declarado en la Sentencia de 17 de noviembre de 2009, recurso 5583/2007 , reiterada últimamente en la de 23 de noviembre de 2010, recurso 437/2010 , en las que declaramos que el *Real Decreto 1066/2001* establece unos límites máximos de emisión que dependen de las frecuencias utilizadas y recoge los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas, si bien en atención que el riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no pueda considerarse cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, hemos considerado razonable que los municipios pudieran imponer en el ámbito de su competencia medidas adicionales de protección con finalidad preventiva, tales como distancias de protección o áreas de seguridad alrededor de determinadas zonas sensibles.

Pero ha de advertirse que tras dichas Sentencias se ha pronunciado este Tribunal, en Sentencia de su Sección 5ª de 22 de marzo de 2011, recurso 1845/2006 , estableciendo una doctrina distinta a la de aquellas al conocer de la legalidad del *Decreto autonómico catalán 148/2001, de 29 de mayo* , de Ordenación Ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación, en la que se enfatiza que "

las competencias autonómicas y locales en materia de ordenación del territorio, ambiente o sanidad no pueden terminar desvirtuando las competencias que la propia Constitución reserva al Estado en el repetido artículo 149.1.21 , aunque el uso que éste haga de ellas condiciones necesariamente la ordenación del territorio, ya que el Estado no puede verse privado del ejercicio de esa competencia exclusiva por la existencia de las otras competencias, aunque también sean exclusiva, de la Comunidades autónomas y los entes locales, pues ello equivaldría a la negación de la misma competencia que le atribuye la Constitución .".

Dicha Sentencia analiza el establecimiento de las restricciones a la exposición a los campos electromagnéticos, las distancias de protección en zonas de uso continuado por personas, las adicionales para las zonas abiertas de uso continuados para las personas sin protección de edificaciones y las instalaciones de telefonía móvil en espacios abiertos de los centros docentes y establecimientos que acojan de manera regular población en edad escolar, y las normas técnicas que se fijan en sus anexos, y declara que " *regulan cuestiones propiamente técnicas que entran de lleno dentro del ámbito competencial reservado al legislador estatal, y el encabezamiento del precepto es indicativo, al referirse a "normas técnicas", lo que ha de ponerse en relación con la afirmación contenida en la exposición de motivos de que el reglamento establece "las especificaciones y determinaciones técnicas aplicables a las instalaciones de radiocomunicación"; y esa inicial aproximación se confirma a la vista del contenido de las prescripciones incorporadas a estos dos apartados y anexos correspondientes, donde se regulan tanto limitaciones para el margen de frecuencias, intensidad de campo y densidad de potencia, como distancias mínimas a las antenas, que inciden directamente en la configuración, diseño técnico y despliegue de las infraestructuras que conforman la red, y que entran dentro del ámbito de competencia estatal, como resulta de lo dispuesto en los artículos 61 y 62 de la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998 , aquí aplicable.*

*En efecto, el artículo 61, apartado 1º , establece, en cuanto ahora interesa, que "la gestión del dominio público radioeléctrico y las facultades para su administración y control **corresponden al Estado** ", y a su vez, el apartado 2º dispone que "la administración, gestión y control del espectro de frecuencias radioeléctricas incluyen, entre otras funciones, la elaboración y aprobación de los planes generales de utilización, el establecimiento de las condiciones para el otorgamiento del derecho a su uso, la atribución de ese derecho y la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas [...] ." Coherentemente, el artículo 62 , referido a las facultades del Gobierno para la gestión del dominio público radioeléctrico, dispone que "el Gobierno desarrollará reglamentariamente las condiciones de gestión del dominio público radioeléctrico, la elaboración de los planes para su utilización y los procedimientos de otorgamiento de los derechos de uso de dicho dominio, bien mediante autorización administrativa, concesión demanial o afectación de uso. **En dicho reglamento se regulará, como mínimo, lo siguiente: El procedimiento de determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerables y que no supongan un peligro para la salud pública [...]**".*

Materia esta que, pese a estar expresa y específicamente atribuida al Estado por los preceptos que acabamos de citar, ha sido desarrollada en el artículo 5 y anexos 1 y 2 del Decreto impugnado, que introducen precisamente una regulación técnica sobre los niveles de emisión que se estiman tolerables sin título competencial que habilite a la Administración autonómica para ello .".

Asimismo, la referida Sentencia de 22 de marzo de 2011 , afirma que no cabe invocar para contrarrestar lo anterior las competencias que en materia de sanidad o ambiente sean titularidad de entes distintos al Estado, pues " *en la materia de las telecomunicaciones en que nos movemos, es al legislador estatal al que le ha correspondido cohesionar los intereses de las empresas del sector, por un lado, y las exigencias ambientales y sanitarias por otro, como resulta de los artículos 61 y 62 y concordantes de la Ley General de Telecomunicaciones , lo que se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto 1066/2001 de 28 de septiembre , por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas; norma esta cuya conformidad a Derecho fue declarada por la sentencia de esta Sala de 19 de abril de 2006 (recurso de casación 503/2001)*.

Desde esta perspectiva, la regulación estatal no es un simple mínimo común que pueda ser unilateralmente ampliado por las Comunidades autónomas con pretendido amparo en los títulos competenciales de ambiente y sanidad, como precisamente en este caso sostiene la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña, sino más bien un marco normativo general con vocación de aplicación sobre la totalidad del territorio nacional, que pondera equilibradamente los diversos intereses concurrentes, definiendo los requisitos técnicos del despliegue de la red que se consideran necesarios para garantizar tanto un desarrollo eficaz de las telecomunicaciones como la salud de los ciudadanos y la preservación del ambiente.

Si se caracterizara la regulación estatal como un simple mínimo común denominador, que puede ser superado por las Comunidades mediante el incremento de las restricciones y limitaciones para las empresas

con base en razones sanitarias o ambientales, el propio equilibrio de la regulación, y, en definitiva, la unidad del mercado, que se garantiza a través de esa regulación única y común, se desvirtuaría, frustrándose así el objetivo que ha guiado la atribución competencial para el Estado, que resulta del tantas veces mencionado artículo 149.1.21 de la Constitución ."

En el caso que nos ocupa, el *artículo 8.1* de la Ordenanza establece que la instalación y funcionamiento de las infraestructuras radioeléctricas deben observar con rigor la normativa vigente en materia de exposición humana a los campos electromagnéticos, que no limita al *Real Decreto 1066/2001* , que se cita " *entre otros* " de aplicación, sin que necesariamente aquella otra sea la estatal en la materia, como, en particular, prohíbe la instalación o modificación de instalaciones radioeléctricas cuyo funcionamiento " *conjunto*" supere los límites de exposición, siendo que esta del carácter aditivo del funcionamiento de las estaciones radioeléctricas es una restricción añadida a la estipulación técnica que, en todo lo demás con igual redactado, se contiene en el *artículo 8.6 del Real Decreto 1066/2001* , relativo a los requisitos para la autorización de las estaciones radioeléctricas.

Y la aplicación de la doctrina expuesta en el precepto de la Ordenanza comporta que, apartándonos motivadamente del precedente representado últimamente por nuestra Sentencia de 23 de noviembre de 2010 , debamos acoger y aplicar a este caso y con vocación de generalidad la doctrina sentada por la posterior Sentencia de 23 de marzo de 2011, de la Sección 5^a de esta misma Sala, y estimar la pretensión de la recurrente, declarando por ello la nulidad del *artículo 8.1* de la Ordenanza, en cuanto regulan cuestiones estrictamente técnicas que competen en exclusiva al Estado, desestimando la impugnación que bajo esta misma rubrica se efectuaba de los *artículos 1, 8.2, 9.1, 14.1 y 14.3* de la Ordenanza al carecer su contenido el sentido regulatorio que se reprocha, cual es la definición del objeto de la Ordenanza (*artículo 1*), la prohibición de instalación de las infraestructuras radioeléctricas en las fachadas excepción hecha de su cableado (*artículo 8.2*), que no se justifica que tenga otra razón que la urbanística de protección del ornato de las fachadas, las condiciones que con carácter general deben respetar las instalaciones radioeléctricas de radiocomunicación para reducir el impacto visual y ambiental (*artículo 9.1*), el deber de conservación de las instalaciones (*artículo 14.1*) y la responsabilidad civil subsidiaria del promotor de la obra, del instalador y de la comunidad de propietarios (*artículo 14.3*), cuestiones todas estas ajenas a las determinaciones técnicas aplicables a las instalaciones de radiocomunicación, en que venía sustentado el motivo.

QUINTO .- El siguiente bloque de cuestiones que plantea el recurso hace referencia a la exigencia del Plan de Implantación de las instalaciones radioeléctricas en el término municipal, conforme establecen los *artículos 3, 4, 5, 6 y 7* de la Ordenanza de Ondara, e imposición del uso compartido de las instalaciones a las empresas operadoras del sector, lo que dice incurrir en intromisión en el control competencia del Estado existente de manera específica sobre dicha materia.

Son estas cuestiones ya resueltas en la doctrina de esta Sala. Puede traerse a colación, respecto la primera, lo sostenido, entre otras, en sentencia de 4 de mayo de 2010, recurso 4801/2006 , 5 de octubre de 2010, recurso 5973 /2006, y 22 de febrero de 2011, recurso 4212/2008, en las que, al examinar genéricamente la exigencia de presentación previa del plan de implantación, poníamos de manifiesto que:

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

En las sentencias de veinticuatro de mayo de dos mil cinco -rec. 2623/2006 - y de 17 de enero de 2009 -rec. 5583/2007 -, hemos razonado que "la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que antes se han relacionado. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento ."

De conformidad con dicha doctrina, apreciamos que la presentación de un Plan de Implantación como condición para la autorización municipal del establecimiento de las instalaciones, constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar la protección de intereses municipales respecto de los que tiene competencia y la función de proteger, como es la garantía de una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas, sin que además los términos genéricos en los que se articula el recurso, limitado a la mera afirmación de venir a regular una actividad

reservada al Estado, combata que en el caso se produzca una imposibilidad técnica de presentar el plan de implantación o su contenido imponga alguna restricción adicional.

Asimismo, nos hemos planteado en numerosas ocasiones la legitimidad de las Ordenanzas municipales en que sea estatuida la obligación de simultanear la utilización de instalaciones. Y hemos afirmado, entre otras en nuestra sentencia de 15 de febrero de 2011 , recuso 4163/2006 , con cita de la de 19 de noviembre de 2009 , que " *el uso compartido puede imponerse, según declaramos en nuestras sentencias de veinticuatro de octubre y veintitrés de noviembre de dos mil seis - recursos de casación números 2103/2004 y 3783/2003 - siempre que lo requieran los intereses medioambientales o urbanísticos que las Corporaciones locales deben proteger ...*", tal como reconoce el propio escrito de recurso. Y precisamente en el artículo 8.3 de la Ordenanza impugnada se somete la posibilidad de imponer el uso compartido de instalaciones exclusivamente a la concurrencia de razones vinculadas con la protección del paisaje urbano, por lo que ninguna objeción debe merecer por nuestra parte el contemplar en tales términos un posible uso compartido de instalaciones.

SEXTO.- Llegamos así al tercer bloque impugnatorio del recurso de casación, en que se plantea la disconformidad a derecho de la sentencia recurrida, al haber validado la *Disposición Transitoria Primera y la Segunda* de la Ordenanza de Ondara en que dice se establece un régimen retroactivo que no tiene cabida en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Dispone la *Disposición Transitorias Primera* que las instalaciones autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ordenanza, deberán adecuarse a la misma en el término de un año, procediéndose en otro caso a la suspensión y posterior clausura de la actividad.

Por su parte, la *Disposición Transitoria Segunda* ordena que las solicitudes de licencia presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ordenanza y sobre las que todavía no haya recaído resolución, se tramitarán de acuerdo con las disposiciones de la presente Ordenanza.

Pues bien, hemos declarado en sentencia de 17 de noviembre de 2009, recurso 5583/2007, " que nuestra Sala , desde una primera sentencia de dieciocho de junio de dos mil uno -recurso de casación número 8603/1994 - ha declarado la legalidad de las disposiciones transitorias que contemplan un plazo de adecuación de las instalaciones legalizadas a las prescripciones de la nueva ordenación, pues, no existe una prohibición general de retroactividad de las normas sino, más bien, según el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, una prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

De ahí, frente los tres grados de retroactividad de una norma, nos encontramos ante una retroactividad de grado mínimo, ya que tales transitorias sólo tienen efecto para el futuro, respecto de relaciones o situaciones nacidas bajo la vigencia de la normativa anterior, y su razón de ser dimana del interés público que tratan de salvaguardar, garantizando, a su vez, los derechos de los operadores, al concederles un plazo prudencial para que puedan adecuar sus instalaciones al nuevo régimen legal ."

No se produce con la *Disposición Transitoria Primera* ningún supuesto de aplicación retroactiva con afectación de los efectos ya producidos, sino que va de suyo con la nueva ordenación municipal urbana que puedan con ocasión de esta retroactividad impropia resultar afectados derechos o intereses con efecto para el futuro, sin que la autorizada disponga de ningún derecho subjetivo a la pretensión de congelación " *ad futurum* " de la normativa que fue de aplicación en el momento de la instalación, siendo por lo demás que el plazo de adaptación previsto es coincidente con el que conocimos en la referida sentencia de 18 de junio de 2001 , que reputamos 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), acorde por ello con el Ordenamiento Jurídico.

A su vez el recurso sustenta una determinada interpretación de la *Disposición Transitoria Segunda* , por la que entiende de aplicación la nueva regulación a las solicitudes pendientes de resolución a la fecha de entrada en vigor de la Ordenanza, aún cuando se produzca fuera del plazo reglamentario establecido para resolver y notificar la solicitud e, incluso, en disconformidad con el sentido autorizatorio del acto que se hubiera podido ya producir por ajustarse la solicitud a las exigencias formales de aplicación y a la ordenación de competencia municipal en aquel momento vigente. Sin embargo la interpretación que propugna no es la única que razonablemente cabe efectuar, pues de aquella Disposición cabe igualmente desprender que la nueva Ordenanza pretende extender su ámbito regulatorio a las solicitudes pendientes de resolución, pero no necesariamente la afectación retroactiva de la nueva normativa a las situaciones consolidadas que presume el recurso, ni menos cuando no acredita la existencia de solicitudes con las características temporales en que sustenta el motivo. Esto es, esta Disposición Transitoria admite una interpretación plenamente conforme al

Ordenamiento Jurídico, que lo es de la desestimación del motivo del recurso, esto sin perjuicio del juicio que proceda efectuar de su aplicación en los actos que de ella lleven causa, que aquí nada cabe anticipar.

SÉPTIMO.- La estimación del recurso de casación en los términos indicados determina, de acuerdo con el *artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional*, que debemos resolver lo procedente respecto del recurso interpuesto, relativo a la legalidad de la Ordenanza de Ondara, reguladora de la instalación y funcionamiento de infraestructuras radioeléctricas, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, que conforme lo expuesto se concreta en la declaración que es contrario a Derecho y nulo su *artículo 8.1*, modificándose en este aspecto el pronunciamiento del recurso contencioso-administrativo, manteniéndose en todo lo demás el fallo de la sentencia de instancia, por cuanto no se cuestiona la anulación de los *artículos 10, 11, 12*, en cuanto exigen licencia de actividad y funcionamiento, y *artículos 13.1, parr. segundo, 17 y 20*, con desestimación de las demás pretensiones formuladas por la entidad recurrente en la instancia y en este recurso de casación.

OCTAVO .- No ha lugar a la imposición de las costas causadas en la instancia ni en el presente recurso de casación, pues, con arreglo al *artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio*, no se aprecia que las partes hayan sostenido su acción en la instancia con mala fe o temeridad y, con arreglo al *artículo 139.2 de la misma Ley, en las instancias o grados sucesivos a la primera* sólo procede la imposición de costas si se desestima totalmente el recurso.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana, de fecha 14 de junio de 2007, recaída en el recurso contencioso administrativo número 96/2005 y, en su virtud, casamos la citada sentencia; y estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la aprobación definitiva por el Ayuntamiento de Ondara de la Ordenanza Municipal Regulara de la Instalación y Funcionamiento de Infraestructuras Radioeléctricas del proceso de Ubicación, Instalación y Funcionamiento de Infraestructuras Radioeléctricas -B. O. P. de Alicante nº 265, de 17 de noviembre de 2004-, declaramos la nulidad del *artículo 8.1* por no ser conforme a Derecho, confirmándose en lo demás el fallo de la sentencia recurrida. Sin que haya lugar a la expresa condena en costas en la instancia ni respecto de 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 Martí García, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.