



Roj: STS 2599/2012
Id Cendoj: 28079130042012100265
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 4964/2008
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: ANTONIO MARTI GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Abril de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, el recurso de casación número 4964/2008, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador Don Cesáreo Hidalgo Senén, en nombre y representación de Vodafone España, S.A., contra la sentencia dictada el día 18 de octubre de 2007 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso contencioso-administrativo número 4445/2004, en el que se impugnaba la Ordenanza Municipal Reguladora de las Condiciones de Autorización de las Infraestructuras de Telecomunicación en el T. M. de A Coruña.

Habiendo comparecido como parte recurrida el Excmo. Ayuntamiento de A Coruña.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en los autos número 4445/2004, dictó sentencia el día 18 de octubre de 2007, cuyo fallo resuelve: " Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por VODAFONE ESPAÑA, S.A. contra la resolución del Pleno del Ayuntamiento de A Coruña, de fecha 5 de abril de 2004, por el que se da aprobación definitiva a la Ordenanza municipal reguladora de las condiciones de autorización de las infraestructuras de telecomunicación. Anulamos, por ser contrarios a derecho, los artículos 25, 26 y Anexo II, así como la Disposición Transitoria quinta en el extremo que se remite al art. 25.2; sin hacer especial condena en costas."

SEGUNDO.- Por la representación procesal de Vodafone España, S.A., se interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha 29 de noviembre de 2007.

TERCERO.- Mediante providencia dictada el día 20 de febrero de 2009, por la Sección Primera de esta Sala, se acordó admitir a trámite el recurso de casación y, conforme a las normas establecidas para el reparto de asuntos, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta; donde se tuvieron por recibidas el 14 de abril de 2009.

CUARTO.- Dado traslado del recurso a la parte recurrida, mediante escrito de 12 de junio de 2009, el Procurador de los Tribunales Don Luis Arredondo Sanz, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de A Coruña, manifestó su oposición al recurso de casación, solicitando su íntegra desestimación.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 17 de abril de 2012, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de casación que enjuiciamos se impugna por la representación procesal de Vodafone España, S.A., la sentencia dictada el día 18 de octubre de 2007 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo por dicha entidad interpuesto contra la resolución del Pleno del Ayuntamiento de A

Coruña, de fecha 5 de abril de 2004, por el que se da aprobación definitiva a la Ordenanza municipal reguladora de las condiciones de autorización de las infraestructuras de telecomunicación.

La sentencia recurrida comienza apelando a la doctrina recogida en la sentencias de este Tribunal Supremo de 18 de junio de 2001 y 15 de diciembre de 2003 , en que se alude a las competencias de los municipios en materia de ordenación de las instalaciones de telecomunicaciones, así como a los límites a que se somete su ejercicio. Tras ello, examina por bloques de preceptos los motivos de nulidad planteados por la entidad mercantil recurrente en su demanda y con reflejo en el correspondiente suplico.

Concretándonos a los particulares de la sentencia que son controvertidos en el actual recurso de casación, el fundamento jurídico cuarto analiza la consideración del funcionamiento de las infraestructuras y equipos de radiocomunicación como actividad clasificada, al efecto de la impugnación del proceso de participación previsto en la Ordenanza, en cuanto contempla un trámite de participación ciudadana e intervención de un Comité municipal de Planificación de Redes de Telecomunicación, que acuerda desestimar sobre la base de los siguientes razonamientos: "CUARTO: Lo precedentemente expuesto en el fundamento de derecho segundo, impide acoger la impugnación de C.IV DEL Título I, en cuanto se apoya en la inexistencia de competencia municipal. Sorprende por otro lado que la participación ciudadana prevista en el art. 9 puede erigirse en motivo impugnatorio máxime cuando nos encontramos ante una actividad clasificada. Quizá convenga recordar lo que decíamos en nuestra Sentencia de 9 de febrero de 2005 al respecto: "Sostiene la parte recurrente con relación al artículo 17 de la Ordenanza, en la que se establece el carácter clasificado de la actividad y en el que se somete la concesión de las licencias al régimen previsto en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas , que es suficiente la licencia urbanística. Frente a ello, no parece superfluo recordar por un lado la creciente preocupación social y por otro, el no ofrecimiento de pruebas concluyentes sobre la inocuidad de la actividad. La masiva proliferación de fuentes generadoras de campos electromagnéticos (líneas de alta tensión, aparatos eléctricos, antenas de telefonía móvil) ha generado incertidumbres en la sociedad en general que los estudios científicos no han despejado hasta el momento. Bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Salud se ha iniciado en el año 1996 un estudio, en el que participan más de 40 países y siete organizaciones internaciones (Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer, Comisión Electrotécnica Internacional, Comisión Europea, Comisión Internacional de Protección sobre las Radiaciones No Ionizantes, Oficina Internacional del Trabajo, Organización del Tratado del Atlántico Norte, Programa de las Naciones Unidas para el **Medio Ambiente** y Unión Internacional de Telecomunicaciones) y tras mas de 25000 artículos publicados, dada la complejidad del tema, la controversia suscitada y las enormes contradicciones encontradas se está a la espera de que se hagan públicas las conclusiones finales. Por razones temporales las instalaciones de telefonía móvil no se encuentran recogidas en el anexo del RAMINP, pero atendiendo a la naturaleza de la actividad, parece incuestionable que la autorización de aquellas estén sometidas al procedimiento autorizador en él previsto. El mínimo principio de precaución permite incluir las instalaciones de mención entre las actividades descritas en el artículo 3 del Reglamento de referencia cuyo anexo no contiene una lista cerrada y exige además ser integrada por el artículo 13 de la Ley 1/1995, de 2 de enero. Dicho lo anterior resta indicar que la impugnación referida al artículo 17 está condenada al fracaso. Los informes preceptivos y previos que la norma exige (Dirección General de **Medio Ambiente** de la Xunta de Galicia y los urbanísticos, jurídicos y de sanidad propios del Ayuntamiento), son consecuencia del procedimiento, previsto en el RAMINP y no tiene porque incidir en la competencia estatal. Una lectura atenta de la norma revela que la misma se refiere a competencias propias municipales en la concesión de la licencia de obras y de actividad (clasificada) y no invade la competencia estatal. Recordemos que 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 radiadas y medidas de protección frente a las planificación y la inspección de las emisiones, así como que la Orden de 9 de marzo de 2000, a que se refiere el Real decreto 1066/2002, al establecer en el artículo 10 , último párrafo que: la autorización de los emplazamientos de las estaciones fijas queda condicionada, en cualquier caso, a la ausencia de perturbaciones a otros servicios radioeléctricos, así como al cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia de servidumbres radioléctricas o aeronáuticas, de **medio ambiente**, ordenación del territorio o cualquier otra que resulte de aplicación, reconoce la concurrencia de autorizaciones estatales y locales con un ámbito objetivo distinto."

A su vez, el fundamento noveno de la Sentencia, que conforme el recurso conceptúa la telefonía móvil como una actividad clasificada, tiene el siguiente tenor: "NOVENO: Los artículos 53 y 54 relativos a la inspección y protección de la legalidad urbanística en general, al prever la restitución del orden urbanístico vulnerado, y los artículos 55 y siguientes relativos a las infracciones y sanciones, a la clasificación de las infracciones, a las distintas sanciones, a los sujetos responsables, a los criterios para la graduación de las

sanciones, a la medida de suspensión, a la aplicación de las sanciones y a la prescripción, no hacen mas que seguir las previsiones de la Ley del Suelo y el Reglamento de Disciplina . Por ello no es posible apreciar la disconformidad a derecho que denuncia la recurrente, una vez más sin la concreción exigible."

Asimismo la sentencia aborda la legalidad de aquellos preceptos de la Ordenanza relativos a la obligación de las operadoras de utilizar la tecnología disponible en el mercado para la minimización de las exposiciones de las personas a los campos electromagnéticos, y la obligación de los titulares de las instalaciones a adaptarlas a las condiciones físicas, técnicas y jurídicas que en cada momento se exijan, en atención a la existencia en el mercado de mejores tecnologías que hagan posible la reducción del impacto visual y la preservación de la salud de las personas, que declara conformes en Derecho en sus fundamentos quinto y octavo: "QUINTO: El artículo 7.3 no tiene otro alcance que el de determinar el objetivo de la ordenanza definido en el artículo 1 y nada se puede cuestionar a la voluntad implícitamente expresada de compatibilizar la funcionalidad de los elementos y equipos que requiere la instalación de un servicio de calidad con la preservación del paisaje urbano y natural, minimizando la ocupación y el impacto de su implantación. La protección del paisaje y la minimización del impacto visual encuentra su apoyo en la legislación medioambiental y urbanística, y mal puede cuestionarse que constituye una materia estrechamente relacionada con la protección de los intereses municipales. El artículo 7.3, en la medida que responde a esa voluntad de compatibilizar la calidad del servicio con la preservación del paisaje urbano y natural, no merece crítica alguna. Quizá convenga recordar lo expresado por la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2003 , con relación a la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil. Dice al respecto la sentencia de mención que "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 ese objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examinen, coordine e, incluso, aprueba el Ayuntamiento" y que "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 trata 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". Afirmamos que no merece crítica alguna el artículo 7 en la medida que responde a la voluntad de compatibilización expresada, conscientes de que la normativa sectorial en los aspectos técnicos de la telefonía móvil debe ser observada, pero compatibilizándola con la normativa del ámbito competencial correspondiente que le es propio a la Administración Local. Como ya dijimos en nuestra sentencia de 2 de diciembre de 2004, dictada en el recurso nº 4425/01 , serán las circunstancias que vayan surgiendo con posterioridad a la vigencia de la Ordenanza y su tratamiento lo que justificará los oportunos planteamientos formales en solicitud de las modificaciones que fueran procedentes. En la línea expuesta la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2001 puntualiza que "no puede pretender la anulación de una disposición general, en este caso municipal, fundándose en que permiten interpretaciones ilegales, por lo que resulta plenamente adecuada al ordenamiento la afirmación de la sentencia de instancia según la cual debe remitirse la cuestión al examen de los actos de aplicación". En consecuencia nada cabe objetar a los artículos 7 y 8 de la Ordenanza."

"OCTAVO: El artículo 50, relativo a la adaptación al progreso y a las nuevas instalaciones así como a la revisión de las licencias, y el artículo 5 1 relativo a la caducidad y extinción de estas, requerían para su impugnación un mínimo desarrollo argumental; pero al margen de ello no se alcanza a comprender que normativa sectorial infringen. El que se exija a las operadoras para la ubicación de sus instalaciones en los Ayuntamientos que acrediten reunir las condiciones normativamente establecidas para el sector, o que acrediten mantenerse en esas condiciones de operatividad; o que en caso de abandono de las instalaciones, se les obligue a su retirada, no parece que constituya exceso normativo alguno. Y tampoco lo parece un régimen de revisión de licencias tendente a minorar por los adelantos técnicos los impactos negativos que la instalación generan."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se invocan por la parte recurrente tres motivos de casación, todos ellos por razón de la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que resultaren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 88.1.d LJCA).

El primero de ellos alega que la Sentencia, al otorgar al Ayuntamiento competencia para exigir licencia de actividad, vulnera el ordenamiento jurídico desde un punto de vista competencial, al otorgar por la vía de hecho la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones; como, desde un punto de vista material, resulta contraria a la lógica jurídica la exigencia de someterse a dos distintas tramitaciones cuya finalidad no difieren en absoluto.

Argumenta por ello que la Sentencia vulnera el ordenamiento jurídico al reconocer al Ayuntamiento de A Coruña competencia para exigir licencia municipal de actividad, que además no es preceptiva al no estar sometida al ámbito de aplicación material de la normativa de actividades clasificadas vigente en la Comunidad Autónoma de Galicia.

El segundo motivo de casación aduce la vulneración por la sentencia de la competencia exclusiva del Estado en materia de Telecomunicaciones, que le es expresamente reconocida en el artículo 149.1.21 de la Constitución, por cuanto considera que las funciones del Comité de Planificación de Redes de Telecomunicaciones invade dicha competencia, al exigir la emisión de un informe preceptivo en el procedimiento de aprobación de los Planes de Implantación como condición previa a la obtención de las licencias, sin que exista precepto legal en el ordenamiento jurídico aplicable que fundamente la competencia del ayuntamiento para crear una nueva fase dentro del procedimiento de concesión de licencias.

Finalmente, el motivo tercero invoca que la sentencia quebranta el principio de neutralidad tecnológica, por el que se deja a las operadoras libertad de elegir las soluciones tecnológicas que más convengan, teniendo presente las restricciones que en prevención del medioambiente se imponen desde Europa y desde el Estado español, pero sin que las corporaciones locales bajo el amparo de las competencias urbanísticas y de **medio ambiente** pueda llegar a imponer a las operadoras las tecnologías concretas que deben emplear para la prestación del servicio telefónico disponible al público.

TERCERO.- A la hora de resolver las cuestiones planteadas, y de un modo preliminar, conviene recordar el marco en que se mueve el ejercicio de las competencias atribuidas a los Municipios cuando afecte a la regulación de las telecomunicaciones, tal como fue expuesto en nuestras Sentencias de 15 de diciembre de 2003, rec. 3127/2001, y de 4 de julio de 2006, rec. 417/2004, al resumir que: " 1º) *La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales. Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de "calas y canalizaciones" o instalaciones en edificios (art. 4.1 a)LRBRL y 5 RSCL), tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos (artículo 25.2 a)), ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas (artículo 25.2 b)), protección civil, prevención y extinción de incendios (artículo 25.2 c)), ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (artículo 25.2 d)), protección del **medio ambiente** (artículo 25.2 f)), patrimonio histórico-artístico (artículo 25.2 e)) y protección de la salubridad pública (artículo 25.2 f)). 2º) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar. Pero, claro está, sin negar in radice la competencia municipal para establecer mediante ordenanza una regulación que contemple los intereses indicados."*

CUARTO.- El primer motivo de casación reprocha a la sentencia recurrida la infracción de la competencia estatal en materia de telecomunicaciones, establecida en el artículo 149.1.21 de la Constitución, al no anular los preceptos de la Ordenanza de A Coruña que conceptúan la instalación de elementos de telecomunicación como una actividad calificada.

Esta Sala ha reconocido reiteradamente la competencia del Municipio para establecer una regulación, mediante Ordenanza Municipal, en materia de telecomunicaciones; así, recordando nuestra sentencia de 23 de mayo de 2006, hemos afirmado la competencia municipal en materia urbanística, con inclusión de los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales, pudiendo establecer condiciones

para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, así como requisitos o exigencias para preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos, ordenación del tráfico y personas en vías urbanas, protección civil, prevención y extinción de incendios, ordenación, gestión ejecución y disciplina urbanística, protección del **medio ambiente**, patrimonio histórico-artístico y protección de la salubridad pública, malamente podrían controlar los Ayuntamientos si la actividad de los operadores se ajusta de hecho a lo previsto en la Ordenanza correspondiente, si no dispusieran del instrumento de sujeción de aquélla a licencia municipal.

Establecido esto, lo que suscita el recurso no es tanto la competencia del municipio para sujetar la instalación de los equipos y elementos de radiocomunicación a licencia, como específicamente la ilegalidad de la exigencia de la licencia de actividades clasificadas, cuestión que también ha tenido ocasión esta Sala de pronunciarse en diversas ocasiones, entre las que pueden citarse las Sentencias de 21 de noviembre de 2006 (recurso 5277/2004), 10 de enero de 2007 (recurso 4051/2004), las tres de 17 de noviembre de 2010 (recurso 687/202006 , 4824/2006 y 8582/2004) y 14 de febrero de 2012 (recurso 3830/2010), en las que hemos manifestado la necesidad de distinguir, en lo que a la exigencia de licencia de actividad por las Ordenanzas Municipales de telecomunicaciones se refiere, entre actividades calificadas y aquellas otras de las que no pueda predicarse semejante condición. Con respecto a las primeras, hemos aludido al imperativo, en caso de que exista norma específica que las regule, de que las Ordenanzas de telecomunicaciones respeten la regulación establecida en la normativa correspondiente, que, en su caso, sería la que establecería las condiciones relativas a su ejercicio. Lo que no equivale a que no pueda exigirse, conforme a dicha normativa y en su caso, su sujeción a licencia de funcionamiento.

Esto pues, como declaramos en nuestra sentencia de 6 de abril de 2010, recurso 4450/2007 , la posible sujeción de la actividad de los operadores a licencia municipal, de instalación y de funcionamiento, o sólo de funcionamiento, es en cualquier caso una cuestión distinta a la de la exigencia de licencia de actividades clasificadas, abordada, por ejemplo, en nuestra sentencia de 17 de noviembre de 2009, recurso 5583/2007 , según sea la perspectiva urbanística o la ambiental la que contemple la Ordenanza a la hora de imponer dicho requisito.

Retomamos la impugnación, y esto para advertir que el artículo 38 de la de la Ordenanza establece a su efecto la distinción entre actividades clasificadas y no clasificadas o inocuas (número 3 del artículo), que considera, *a sensu contrario* , que las infraestructuras de telefonía móvil es una actividad clasificada (números 4 y 5 del artículo), como que los artículos 40, 41 y 42 establecen una tramitación específica previo acompañamiento de la prolija documentación que al efecto reseña (descripción y alcance de las obras, estudio de seguridad y salud, copia del proyecto presentado para la obtención de la autorización sectorial en materia de telecomunicaciones, estudio de impacto ambiental, póliza de seguro...). Preceptos que la sentencia declara conformes en Derecho con la petición de principio que le parece incuestionable que la naturaleza de la actividad de las instalaciones de telefonía móvil está sometida al procedimiento autorizatorio previsto en el RAMINP, siendo de esta manera que, a falta de la explícita declaración jurisdiccional por la Sala que la actividad sujeta a la Ordenanza constituya una actividad calificada a tenor de la Ley autonómica, cuestión que quedaría vedada al conocimiento de esta Sala de casación dadas las limitaciones que a esta Sala afectan a la hora de revisar una controversia que requiere efectuar la interpretación del Derecho autonómico, hubo de proceder a la declaración de nulidad de los preceptos de la Ordenanza que sujetan la actividad a un régimen de protección ambiental no amparado por la ordenación legal autonómica, por ello en esos concretos particulares procede estimar el motivo de casación.

Sin que esa declaración afecte al resto de los preceptos impugnados en este primer motivo de casación, que son a los que se refiere el fundamento noveno de la sentencia, estos son, el precepto relativo a la previsión de la facultad protectora por la inspección municipal de la legalidad y disciplina de las condiciones urbanísticas y de seguridad contempladas en la propia Ordenanza (art. 53); el que establece que la contravención de lo dispuesto en la Ordenanza podrá dar lugar a la restitución del orden vulnerado en materia de urbanismo, **medio ambiente** o salud, la imposición de multas previa la tramitación del procedimiento sancionador, y la reposición de los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal (art. 54); y, el precepto que considera responsables solidarios respecto de las infracciones a lo dispuesto en la Ordenanza a la empresa o persona instaladora, al propietario de los equipos de telecomunicación y a los directores técnicos de las obras e instalación (art. 55). Preceptos todos estos ajenos a las consideraciones que efectúa el recurso como motivo de su impugnación, que por ello es desestimado en estos extremos.

QUINTO.- El segundo motivo del recurso de casación aduce que la sentencia infringe la normativa estatal y la jurisprudencia relevante aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, en relación

con la legalidad del comité de planificación de redes de telecomunicación; normativa y jurisprudencia que sin embargo no cita, limitándose la queja a la aportación de una cita de nuestra jurisprudencia sobre la naturaleza reglada de las licencias municipales, sin desgranar su doctrina con relación a la sentencia cuyos pronunciamientos se combaten que, obviamente, para ser aceptada ha de guardar relación directa con la razón de decidir de la sentencia.

Por lo demás, el motivo, mas próximo a la queja que cupiera realizar en un recurso de apelación que a la que corresponde en este recurso de casación, refiere que las funciones del citado Comité de Planificación de Redes de Telecomunicaciones invade la competencia exclusiva del Estado en materia de Telecomunicaciones que le es expresamente reconocida en el artículo 149.1.21 de la Constitución , al tener como función la emisión de un informe preceptivo en el procedimiento de aprobación de los planes de implantación de las redes de comunicaciones, lo que refiere se traduce en un verdadero obstáculo en el proceso ordinario de otorgamiento de licencias, sin que exista precepto legal en el Ordenamiento aplicable que fundamente la competencia del ayuntamiento de A Coruña para crear una nueva fase dentro del procedimiento de concesión de licencias.

Este Tribunal ya ha conocido de la legalidad de la exigencia del informe favorable de los técnicos municipales para otorgar licencias al amparo de la Ordenanza de Telecomunicaciones; así, en sentencia de 24 de mayo de 2005, recurso 2623/2003 , hemos declarado que " *como resulta de los artículos 82 y 83 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre , han de solicitarse los informes que sean preceptivos por disposiciones legales, término que ha de entenderse en sentido amplio y por lo tanto comprende las disposiciones reglamentarias (caso de la Ordenanza impugnada), lo que se confirma cuando en el siguiente artículo 83 se establece que salvo "disposición" expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes, de manera que no resulta de tales preceptos la existencia de una reserva de Ley en cuanto a la exigencia de informes y determinación de su carácter vinculante o no, pudiéndose establecer por norma reglamentaria; y, por otra parte, el sentido favorable del informe no supone en este caso una imposición o restricción añadida respecto del interesado sino la apreciación de la excepción a la regla general de no autorización de instalación de antenas de telefonía móvil en edificios y conjuntos protegidos, prohibición general que en la sentencia de instancia se entiende justificada y respecto de la cual el informe de los servicios municipales actúa como justificante de la excepción y consiguientemente en sentido favorable ."*

En definitiva, hemos reconocido que dicho trámite de informe no entra en contradicción con ninguna norma sino que obedece a la autonomía municipal en la regulación reglamentaria dentro de sus competencias, sin que suponga restricción o limitación desproporcionada a las empresas operadoras, por lo que el presente motivo igualmente ha de ser desestimado.

SEXTO .- El restante motivo del recurso de casación reputa que la sentencia vulnera la normativa estatal y la jurisprudencia relevante aplicable para resolver las cuestiones objeto del debate, en cuanto no anula los artículos 7 y 8 de la Ordenanza, relativos a la obligación de las operadoras de utilizar la mejor tecnología disponible en el mercado para la minimización de las exposiciones de las personas a los campos electromagnéticos y comportar el menor impacto ambiental y visual posible; en concesión con ello, refiere el motivo, el artículo 50 de la Ordenanza establece el carácter revisable de las licencias fijando como criterio fundamental la existencia en el mercado de mejores tecnologías, quebrantando de esta manera el principio de neutralidad tecnológica, que deja a los operadores.

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 16 de julio de 2008, recurso 7790/2004 , reiterada en otras posteriores, como son últimamente las de 15 de junio de 2010 y 12 de abril de 2011, recurso 240/2007 y 1809/2008 , en las que nos hemos referido esta especie de cláusula de progreso, relacionándola con la admisión de la utilización en las disposiciones reglamentarias de conceptos jurídicos indeterminados, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, suponiendo, en definitiva, una técnica de expresión normativa admisible en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse en cada caso si concurre o no el supuesto determinante según la previsión de la Ordenanza de la procedencia o no de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables de una determinada actividad.

Conforme este criterio, concluíamos en aquellas sentencias que nada hay que oponer a la posible utilización de esa denominada mejor tecnología para que se respete el menor impacto visual, como tampoco a la posibilidad de que tal finalidad se plasme en restricciones a la instalaciones de antenas en determinadas ubicaciones o alturas.

Ha de advertirse que, tal como acabamos de exponer, la cuestión había sido resuelta por la Sala con las limitaciones inherentes al recurso de casación, que no nos permite introducir argumentaciones ajenas a aquellas destinadas a resolver las quejas planteadas en los correspondientes motivos. Y en todas las Sentencias antes citadas las partes habían combatido la exigencia impuesta a las operadoras por las respectivas ordenanzas de utilizar la mejor tecnología disponible desde el punto de vista de la indeterminación del concepto jurídico empleado, "mejor tecnología disponible", que a juicio de los recurrentes atribuía un inadmisibles grado de libertad a la Administración, sin que en ninguno de aquellos recursos se plantease la compatibilidad de aquella exigencia con el denominado principio de neutralidad tecnológica en la regulación.

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: "*Nos parece evidente que la determinación de los estándares de tecnología idóneos es una cuestión que entra de lleno en el ámbito reservado para el legislador estatal ex artículo 149.1.21 de la Constitución, conclusión que no se desvirtúa por el hecho de que esa obligación se enmarque en una finalidad de índole ambiental, cual es prevenir las afecciones al paisaje y las emisiones, pues, como ya hemos dicho antes y ahora reiteramos, esa finalidad no puede ser esgrimida para diluir la competencia exclusiva estatal y fraccionar la unidad del mercado en tantas regulaciones como Comunidades Autónomas e incluso Ayuntamientos haya en función de lo que cada uno estime como más adecuado a estos efectos.*"

*Podría oponerse a nuestra conclusión que el precepto no dispone que será la Comunidad Autónoma la que fije esos estándares, sino que presupone lo establecido en la normativa estatal y se limita a ordenar que las operadoras ajusten o adapten sus instalaciones a las peculiares circunstancias de cada emplazamiento, desde la perspectiva de la menor afección al **ambiente**, pero siempre en el marco de los parámetros técnicos predefinidos por el Estado. Empero, esta objeción carece de validez, para enervar la conclusión que hemos alcanzado, por dos razones: En primer lugar, porque los términos literales del artículo 6.2.a) son que los titulares de las actividades deberán ejercerlas utilizando la mejor técnica disponible, y no menciona, ni en este artículo ni en ningún otro del reglamento, que esa técnica será la que establezca el Estado. Más aún, el precepto se remite a la Ley autonómica 3/1998, de Intervención Integral de la Administración Ambiental, la cual, a su vez, tampoco se remite a estos efectos a la legislación estatal, más bien, al contrario, dibuja un marco normativo en el que el ordenamiento estatal no se menciona ni se contempla, al menos a los efectos que ahora interesan. En segundo lugar, porque no cabe extender generalizadamente y sin matices a este Orden jurisdiccional el siempre polémico método de las llamadas "sentencias interpretativas" con el mismo sentido y alcance con que lo hace el Tribunal Constitucional, a fin de que los Tribunales contencioso-administrativos fijemos un contenido de la norma que realmente ésta no explicita, ni cabe inferir de forma implícita aunque evidente, pero que permita salvar su legalidad. Como es bien sabido, el Tribunal Constitucional dicta "sentencias interpretativas" con el fin de limitar la declaración de inconstitucionalidad únicamente a los casos en que no es posible salvar el precepto cuestionado con una "interpretación conforme"; pero en el ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa tal posibilidad se encuentra con el obstáculo de que no incumbe a este Tribunal determinar la forma en que han de quedar redactadas las normas jurídicas (artículo 71.2 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Es verdad que cualquier sentencia incorpora una interpretación de los preceptos que aplica, y desde esta perspectiva todas las sentencias son, de alguna forma, interpretativas, pero lo que no puede hacer esta Jurisdicción es pronunciar una sentencia que adicione el texto de la norma examinada cuando ese sentido ni se expresa en la norma ni se desprende con naturalidad de su redacción, pues los Tribunales de justicia carecen de potestades normativas. En este caso, el artículo 6.2.a) no remite la determinación de esa mejor técnica disponible a la legislación estatal ni cabe entender que eso es evidente aunque no se diga de forma expresa, sino que deja la cuestión en un nivel de incertidumbre que pugna frontalmente con la imprescindible seguridad jurídica que debe presidir las relaciones de los operadores con la Administración en un marco económico como éste, tan necesitado de certeza y previsibilidad con el fin de servir de referencia para guiar las decisiones empresariales. En consecuencia, en este punto el motivo de casación debe ser estimado también. No es ocioso añadir que algunas recientes sentencias de esta Sala han rechazado motivos casacionales similares a éste que ahora nos ocupa, porque, examinadas las circunstancias del caso, llegaron a la conclusión de que "tal previsión se funda en normas del Estado como es el caso del Real Decreto 1066/2001" (Sentencias de 5 de octubre de 2010, -recurso de casación 1306/2006 - y 13 de diciembre de 2010 -recurso de casación 833/2005, entre otras), de manera que, si se salvó la legalidad de tal inciso en las regulaciones entonces examinadas, fue porque se partió de la base de que la exigencia de la **mejor tecnología disponible** se fundaba en el Derecho estatal, que es justamente lo que aquí se echa de menos .".*

En el caso que nos ocupa, el artículo 7 de la Ordenanza, bajo la rúbrica "Utilización de las mejores técnicas disponibles", contempla que "1. Las operadoras utilizarán, en relación con las características técnicas propias de la instalación, la mejor tecnología disponible para la minimización de la exposición de las personas a los campos electromagnéticos, incluso habiendo ausencia de riesgo demostrable, así como del impacto visual o físico y del impacto medioambiental, con el fin de evitar alteraciones visuales, físicas, o interferencias ambientales importantes en el entorno. 2. No se autorizarán las actividades e instalaciones que no incorporen en el proyecto todas las medidas de minimización y armonización que impidan que su implantación pueda resultar incompatible con el entorno por provocar un impacto ambiental significativo como consecuencia de la alteración de las características iniciales del **medio ambiente** o un impacto visual significativo al afectar al paisaje urbano o rural...". A continuación, el precepto relacional distintos supuestos en los que se entiende producido el impacto ambiental o visual significativo a dichos efectos, así como que el ayuntamiento pueda definir cuáles sean "las mejores técnicas disponibles" mediante la utilización de catálogos, en los que se han de recoger y codificar las diferentes técnicas elegidas para la implantación de estos equipos.

El artículo 8 de la Ordenanza, titulado "Homologación de sistemas y técnicas de integración en el **medio** y mimetización", contempla que el ayuntamiento ha de elaborar un catálogo de técnicas y sistemas de mimetización y adaptación de las formas al **medio**, que será obligatorio desde su aprobación cuando las técnicas queden perfectamente definidas en el catálogo, siendo en otro caso su exigencia por parte del ayuntamiento mediante mandato individualizado. Prevé también el precepto supuestos en los que en todo caso son exigibles dichas técnicas y el sistema y forma en el que el ayuntamiento puede imponer el sistema de camuflaje en tanto no se apruebe este catálogo.

Por su parte, el artículo 50 de la Ordenanza, titulado "adaptación al progreso y a las nuevas tecnologías", declara que "Los titulares de las instalaciones están obligados a adaptarlas a las condiciones físicas, técnicas o jurídicas que en cada momento se exijan...", como que además del deber de dar cuenta de las modificaciones sustanciales y el establecimiento de un plazo de revisión de las instalaciones, que por sí es inocuo o ajeno a la cláusula del progreso que venimos refiriendo, establece que los criterios de revisión de las instalaciones han de fundamentarse en la existencia en el mercado de mejores tecnologías, que asimismo su existencia habilita para la reducción del plazo de revisión de la instalación, y la exigencia de su cambio de ubicación o clausura.

La aplicación de la doctrina expuesta 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 5ª de esta misma Sala, y estimar la pretensión de la recurrente, declarando por ello la nulidad de los artículos 7, 8 y 50 de la Ordenanza, en cuanto regulan cuestiones sobre inspección y certificación de las instalaciones radioeléctricas que competen en exclusiva al Estado, desestimando la impugnación en cuanto la obligación del titular de las instalaciones de dar cuenta al Ayuntamiento de las modificaciones sustanciales introducidas en el dispositivo y la previsión que las licencias tienen el carácter de revisables en el plazo de cinco años desde su otorgamiento o revisión, respectivamente previstas en el número primero y en el primer párrafo del número segundo de este último precepto, que más arriba declaramos ajenas a la presente cuestión.

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 debamos resolver lo procedente respecto del recurso interpuesto, relativo a la legalidad de la Ordenanza de A Coruña, reguladora de las condiciones de autorización de las infraestructuras de telecomunicación en el T. M. de A Coruña, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, que conforme lo expuesto se concreta en la declaración que son contrarios a Derecho y nulos: artículo 7; artículo 8; artículo 38 en sus números 3, 4 y 5; artículo 40; artículo 41; artículo 42; artículo 50.1 (conservando su validez la obligación de los titulares de las instalaciones de dar "cuenta al ayuntamiento de las modificaciones sustanciales que hayan podido introducir en el dispositivo"); artículo 50.2, párrafo 2º y 3º y artículo 50.3, manteniéndose en todo lo demás el fallo de la sentencia de instancia, por cuanto no se cuestiona la anulación de los artículos 25, 26, Anexo II y Disposición Transitoria 5ª en el extremo que se remite al art. 25.2; 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 "Vodafone España, S.A.", contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 18 de octubre de 2007, recaída en el recurso contencioso administrativo número 4445/2004 , y en su virtud, casamos la citada sentencia; y estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto contra Acuerdo de 5 de abril de 2004 de aprobación definitiva por el Ayuntamiento de A Coruña de la Ordenanza Municipal Reguladora de las Condiciones de Autorización de las Infraestructuras de Telecomunicación en el T. M. de A Coruña, declaramos la nulidad, por no ser conformes a derecho del artículo 7, artículo 8, artículo 38 en sus números 3, 4 y 5, artículo 40, artículo 41, artículo 42, artículo 50.1 (conservando su validez la obligación de los titulares de las instalaciones de dar "cuenta al ayuntamiento de las modificaciones sustanciales que hayan podido introducir en el dispositivo"), artículo 50.2, párrafo 2º y 3º y artículo 50.3, desestimando las demás pretensiones anulatorias formuladas, y manteniendo el fallo de la sentencia recurrida en los particulares que anula los artículos 25, 26, Anexo II, así como la Disposición Transitoria quinta en el extremo que se remita al artículo 25.2, ya que en esos particulares la sentencia recurrida ha devenido en firme al no haber sido en ello impugnada. 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDO