

RECURSO CASACION núm.: 3005/2013

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver
Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 1053/2016

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Jesús Cudero Blas

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 11 de mayo de 2016.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **3005/2013** interpuesto por la Procuradora doña [REDACTED] en representación de [REDACTED] contra la Sentencia de 31 de julio de 2013 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede de Valladolid, en el recurso 711/2010. Ha comparecido como parte recurrida el Ayuntamiento de Zamora, representado por la Procuradora doña [REDACTED] y asistido de Letrado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede de Valladolid, se interpuso el recurso contencioso-administrativo 711/2010 contra la Ordenanza municipal reguladora de la instalación y funcionamiento de infraestructuras de radiocomunicación en el municipio de Zamora, publicada en el B.O.P de Zamora, el 22 de febrero de 2010.

SEGUNDO.- La citada Sección dictó Sentencia de 31 de julio de 2013 cuyo Fallo dice literalmente:

«Que en el recurso contencioso administrativo núm 711/10, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED], actuando en nombre y representación de [REDACTED] contra la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Infraestructuras de Radiocomunicación en el municipio de Zamora, publicada en el B.O.P. de Zamora el 22 de febrero de 2010, debemos declarar y declaramos:

»PRIMERO.- La nulidad radical del apartado b) del art 9.4.2 de la citada Ordenanza, por ser contrario al ordenamiento jurídico en cuanto incorpora la condición de la instalación que “En cualquier caso, guardarán una distancia mínima de 15 metros a cualquier lindero de la parcela, medida desde la torre”, quedando sin efecto jurídico alguno.

»SEGUNDO.- Desestimar las demás pretensiones y argumentos, declarando la conformidad a Derecho de la Ordenanza impugnada, en lo aquí debatido.

»TERCERO.- No hacer expresa imposición de costas procesales.»

TERCERO.- Contra la referida Sentencia preparó recurso de casación la representación procesal de [REDACTED] que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Superior de Justicia de Castilla-León, sede de Valladolid, tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 20 de septiembre de 2013 en la que, al tiempo, ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO.- Emplazadas las partes y comparecidas en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo la Procuradora doña [REDACTED] en representación de [REDACTED] presentó el escrito de interposición del recurso de casación basado, en síntesis, en un único motivo al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA):

1º Infracción del ordenamiento jurídico pues la Sentencia impugnada incumple requisitos de congruencia y de motivación exigidos por la normativa jurídica, con vulneración de los artículos 9.3 y 25 de la Constitución, artículo 1.2 del Código Civil, artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) y los artículos 38, 14 y 24 – sin indefensión – de la Constitución en relación con los ya citados de la misma.

2º Tal motivo de casación se concreta en la infracción del artículo 149.1.20 de la Constitución, del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de protección del dominio público radioeléctrico, y en especial de sus artículos 3, 6, 7 y 8; por infracción de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, Ley General de Telecomunicaciones), en especial sus artículos 39.2, 44 y 47.6.b).

3º Infracción de la jurisprudencia aplicable y que cita: las Sentencias de esta Sección y de la Sección Quinta que cita.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de 4 de febrero de 2014 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, formalizara su escrito de oposición, lo que realizó la Procuradora doña [REDACTED] en representación del Ayuntamiento de Zamora solicitando, por los motivos que constan en su escrito, la desestimación del recurso con expresa imposición a la recurrente de las costas ocasionadas.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, por Providencia de 1 de abril de 2016 se designó Magistrado Ponente y se señaló este recurso para votación y fallo el día 3 de mayo de 2016, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A la vista de la defectuosa redacción del recurso de casación procede, en primer lugar, intentar aclarar cuáles son los concretos motivos de casación. Y de la sistemática que emplea la recurrente cabe deducir dos motivos que se corresponden con los expuestos en los puntos 1º y 3º del Antecedente de Hecho Tercero de esta Sentencia, de forma que las infracciones relacionadas en el punto 2º del mismo Antecedente se plantean como submotivos del primero.

SEGUNDO.- De esta manera ya de entrada se excluye del primero la infracción del ordenamiento por incurrir la Sentencia en incongruencia, vicio éste que debería haberse hecho valer al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA por tratarse de «*la infracción de las normas reguladoras de la sentencia*»; y la misma suerte debería correr que tal motivo se base en la infracción de las normas referentes a la motivación salvo que se considere, más bien, que la recurrente confunde la ausencia de motivación con la disconformidad con la motivación en que se basa la Sentencia.

TERCERO.- Con independencia de lo anterior y con independencia también de la invocación del principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la Constitución y artículo 1.2 del Código Civil y artículo 6 de la LOPJ) e irretroactividad (artículo 9.3 de la Constitución) por impugnarse en la instancia una ordenanza, esta Sala prescinde de la cita sin criterio de los artículos 14, 24, 25 y 38 de la Constitución. Debe así entenderse que los que reputa infringidos son los que se hacen valer como submotivos de casación y que se relacionan en el Antecedente de Hecho Tercero.2º de esta Sentencia.

CUARTO.- Aclarado lo anterior el primer submotivo se basa en la infracción del artículo 149.1.20ª de la Constitución, submotivo que bien podría rechazarse sin más desde el momento en que tal precepto atribuye al Estado la competencia sobre *«Marina mercante y abanderamiento de buques; iluminación de costas y señales marítimas; puertos de interés general; aeropuertos de interés general; control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y matriculación de aeronaves»*, materias cuya relación con la Ordenanza no se capta.

QUINTO.- Supliendo lo que tiene las trazas de ser una errata de la recurrente, cabe entender que en la instancia impugnó la Ordenanza en su conjunto por incompetencia municipal por ser el Estado el competente en lo relativo a las telecomunicaciones y al respecto esta Sala tiene dicho lo siguiente:

1º El Estado tiene competencia exclusiva sobre el régimen general de las telecomunicaciones - artículo 149.1.21ª de la Constitución – lo que se circunscribe a los "aspectos propiamente técnicos". Se está así ante un título competencial sectorial que es de interés general pues de tal naturaleza es el subyacente en el ámbito de la telefonía móvil.

2º Este título ni excluye ni anula las competencias municipales para la gestión de sus respectivos intereses que son de configuración legal. Tales intereses se plasman en unos títulos competenciales transversales (la

ordenación del territorio y urbanismo, protección del medio ambiente, salud pública), cuyo ejercicio se concreta en las condiciones y exigencias que imponen para ubicar y establecer instalaciones e infraestructuras de telefonía móvil.

3º Se está así ante títulos competenciales de distinta naturaleza, uno sectorial de titularidad estatal y que se desenvuelve ante todo en el aspecto técnico, y otros transversales de titularidad municipal que concurren o convergen en el mismo ámbito físico entendido como territorio - suelo, subsuelo y vuelo -, con objetos distintos y hasta a veces con distintas intensidades.

4º La Sala ha aplicado la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2012, referida a la concurrencia competencial de la normativa estatal y autonómica, pero ha entendido que su doctrina es extrapolable al ejercicio por los municipios de su potestad reglamentaria. De esta Sentencia cabe deducir que los títulos antes citados se limitan y contrapesan recíprocamente; no pueden vaciarse mutuamente de contenido y han de ejercerse con pleno respeto a las competencias sobre otras materias que pueden corresponder a otra instancia territorial.

5º Como criterios de delimitación competencial el Tribunal Constitucional ha dicho, por ejemplo, que de entrecruzarse e incidir en el mismo espacio físico una competencia estatal sectorial con una competencia horizontal, ésta tiene por finalidad que su titular – en esa sentencia, las Comunidades Autónomas - formule una política global para su territorio, con lo que se trata de coordinar las actuaciones públicas y privadas que inciden en el mismo y que, por ello, no pueden ser obviadas por las distintas Administraciones incluida la estatal.

6º La competencia sectorial, como la ahora contemplada respecto de las telecomunicaciones, condiciona el ejercicio por los municipios de sus competencias, lo que lleva como en todo caso de competencias concurrentes

a que se acuda a la coordinación, consulta, participación, o concertación como fórmulas de integración de esos ámbitos competenciales concurrentes. Aun así, si esas fórmulas resultan insuficientes, la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente.

7º De esta manera, como la Sala ha declarado que la competencia estatal en materia de telecomunicaciones no excluye las municipales, los ayuntamientos en sus ordenanzas pueden establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones y contemplar exigencias para sus instalaciones siempre que no sean más estrictas que las previstas en la legislación básica respecto, por ejemplo, de la protección de la salud pública.

8º Estas exigencias impuestas por los municipios en atención a los intereses cuya gestión les encomienda el ordenamiento, deben ser conformes a ese ordenamiento y no pueden suponer restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni pueden suponer limitaciones.

9º Esto ha llevado a la Sala a fijar como doctrina que el enjuiciamiento de los preceptos impugnados en cada caso se haga desde principios como el de proporcionalidad, lo que implica un juicio sobre la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la limitación que se haga al derecho al operador y el interés público que se intenta preservar.

SEXO.- Sobre esta base se desestima este submotivo de casación al limitarse la recurrente a reproducir el último párrafo del Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia de instancia pero sin asumir la carga de razonar críticamente en qué medida la Sentencia de instancia se aparta de la jurisprudencia de esta Sala, fuera de la mera cita y glosa de sentencias anteriores a la invocada por la Sala de instancia. Además debe significarse que la Sentencia de instancia se basa en la de esta Sección de 24 de mayo de 2013, recurso de casación 1790/2007 - en el que fue parte la ahora recurrente -, que, a su vez, se basaba en la dictada por el Pleno de esta Sala de 11 de

febrero de 2013 (recurso de casación 4490/2007) en la que se unificaron criterios hasta ese momento divergentes.

SÉPTIMO.- Como segundo submotivo de casación se invoca la infracción del Reglamento de protección del dominio público radioeléctrico. En concreto ataca la recurrente el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de instancia en lo relativo al llamado Plan de Implantación, al que se refieren los artículos 3, 5.b - cabe entender que es el artículo 5.1.B)- y 6 de la Ordenanza (previsión del mismo, criterios de elaboración y procedimiento de aprobación, respectivamente). Pues bien, sobre la exigencia de tales Planes esta Sala y Sección en Sentencias de 8 de marzo y 7 de junio de 2013 (recursos de casación 5778/2005 y 4398/2011) tiene dicho lo siguiente:

1º Frente a impugnaciones basadas en la imposibilidad o dificultad en la elaboración de esos Planes, su rápida obsolescencia, la falta de confidencialidad o que supondría exponer públicamente la estrategia de negocio de la compañía, esta Sala ha entendido que prevalece su finalidad de informar ante las previsiones de ampliación de los operadores y cuáles van a ser las posibles necesidades futuras a las que el ayuntamiento va a tener que responder cuidando siempre de los intereses propios determinados por ley.

2º Condicionar el otorgamiento de licencias urbanísticas a la previa aprobación de un Plan de implantación supone evitar cualquier posible sospecha de arbitrariedad en el otorgamiento de aquellas si se ajustan al Plan.

3º La Sala ha desestimado impugnaciones basadas en la mera invocación de que se trata de un "plan técnico" reservado al Estado, pero sin atacar aspectos concretos del Plan, su contenido o documentación exigible, exigencias que, en definitiva, pudieran considerarse desproporcionadas o ajenas al deber de información del que debe disponer el ayuntamiento.

OCTAVO.- Para desestimar el recurso en este submotivo basta decir que la Sentencia de instancia se basa en la antes citada de esta Sala y

Sección de 8 de marzo de 2013 (recurso de casación 5778/2005) a lo que se añade lo siguiente:

1º Que respecto de lo razonado en la Sentencia respecto del artículo 3 de la Ordenanza no opone la recurrente sino una remisión a su demanda, luego no una crítica a la Sentencia.

2º También respecto de ese precepto, la recurrente opone el parecer del informe pericial obrante en autos, prescindiendo de la constante doctrina según la cual no cabe en sede casacional revisar la prueba practicada salvo que se asuma la carga de exponer y razonar en qué medida la valoración hecha en la instancia ha asido arbitraria, irracional o ha desembocado en conclusiones inverosímiles y, en todo caso, sin invocar como infringidos precepto alguno de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

3º Respecto de lo resuelto por la Sentencia en cuanto a los artículos 5.1.B) y 6 de la Ordenanza, la recurrente se limita a alegar que «*no podemos compartir lo reseñado en la resolución recurrida*» para, seguidamente, citar literalmente las Sentencias de esta Sala, Sección Quinta, de 22 de marzo de 2011 (recurso de casación 1845/2006) y 22 de marzo de 2011 (1845/2006).

4º Finalmente alega la infracción de los artículos 3,6,7 y 8 del Reglamento de protección del dominio público radioeléctrico, lo que salda reproduciendo ciertas sentencias, pero sin razonar en qué aspecto habría infringido la Sala de instancia esos pronunciamientos.

NOVENO.- Como tercer submotivo se alega la infracción de los artículos 39.2, 44 y 47.6.b) de la Ley General de Telecomunicaciones lo que se desestima pues, nuevamente y con olvido de la técnica casacional, se limita la recurrente a la mera concatenación de citas de Sentencias de esta Sala pero sin aportar razonamiento crítico alguno acerca de en qué medida esa doctrina ha podido ser infringida por la Sentencia impugnada.

DÉCIMO.- En el cuarto submotivo se impugna la Sentencia de instancia por infringir los artículos 3, 6, 7 y 8 del Reglamento de protección del dominio público radioeléctrico al confirmar el artículo 9 de la Ordenanza, que fija una serie de condiciones para la instalación de antenas de radiocomunicación atendiendo a razones de protección ambiental y seguridad. Pues bien, la recurrente basa su recurso en este punto en que las condiciones impuestas infringen el principio de neutralidad técnica, pero sin razonar mínimamente en qué medida la Sentencia infringe los preceptos que invoca. Y finaliza citando sin más la Sentencia de la Sección Quinta de esta Sala de 16 de noviembre de 2011 (recurso de casación 3833/2007) y los artículos 39, 40 y 46 de la Ley General de Telecomunicaciones, todo lo cual lleva a desestimar este motivo.

UNDÉCIMO.- Finalmente en el quinto submotivo impugna la Sentencia al confirmar las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la Ordenanza y entiende que se infringe el artículo 9.3 de la Constitución, al prever la aplicación retroactiva de la Ordenanza a las instalaciones ya existentes. Pues bien, de nuevo la recurrente prescinde de la disciplina casacional y se limita a decir no que la Sentencia de instancia infrinja la jurisprudencia que cita, sino que – *per saltum* - impugna opone a esas Disposiciones las Sentencias de esta Sala que entrecomilla. En definitiva, de nuevo desatiende la carga de razonar en qué medida la Sentencia impugnada – que es el objeto de este recurso, no la Ordenanza - infringe esa jurisprudencia.

DUODÉCIMO.- Ya como motivo segundo invoca un total de cuatro sentencias de esta Sala, tanto de esta Sección como de la Quinta, pero sin razonar nada: se limita a entrecomillar sentencia tras sentencia sin asumir la carga de exponer en qué medida su doctrina es infringida por la Sala de instancia. Y en todo punto carece de base la invocación como infringidas ciertas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia pues, como es sabido, a los efectos del artículo 88.1.d) de la LJCA la jurisprudencia que se alegue como infringida debe ser la emanada de esta Sala.

DÉCIMO TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA se imponen las costas a la recurrente. Y, al amparo del artículo 139.3 de la LJCA las costas procesales, por todos los conceptos, no podrán exceder de 4.000 euros.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de [REDACTED] contra la Sentencia de 31 de julio de 2013 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede de Valladolid, en el recurso contencioso-administrativo 711/2010.

SEGUNDO.- Se hace imposición de las costas en la forma expuesta en el último Fundamento de Derecho de esta Sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Segundo Menéndez Pérez

D^a Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Jesús Cudero Blas

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Rafael Toledano Cantero

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.