

Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2019 (rec.109/2017)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.368/2019

Fecha de sentencia: 15/10/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 109/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/09/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 109/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1368/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a. Ines Huerta Garicano

D. Cesar Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 15 de octubre de 2019.

Esta Sala ha visto el Recurso de Casación 109/2017 interpuesto por la entidad Vodafone España, S. A. U. representada por la procuradora doña Ascensión de Gracia López-Orcera y asistido del letrado don Juan Francisco Gomáriz Hernández, siendo parte recurrida el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga) representado por el procurador don Juan Antonio García de Miguel y Orueta, promovido contra la *sentencia 757/2016, de 4 de abril de 2016 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Málaga), en recurso contencioso-administrativo 800/2012* , sobre aprobación de Ordenanza municipal reguladora de las condiciones urbanísticas de instalación de equipos de radiocomunicación (BOP de 31 de agosto de 2012).

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, se ha seguido el recurso contencioso- administrativo 800/2012, promovido por la entidad Vodafone España, S. A. U ., y en el que ha sido parte demandada el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga) contra el Acuerdo del Pleno del citado Ayuntamiento, adoptado en su sesión de 28 de mayo de 2012, por el que se aprobó definitivamente la Ordenanza municipal reguladora de las condiciones urbanísticas de instalación de equipos de radiocomunicación, que fue publicada en el BOP de Málaga de 31 de agosto de 2012.*

SEGUNDO .- El *citado Tribunal dictó sentencia 757/2016, de 4 de abril* , con fecha 15 de julio de 2009 del tenor literal siguiente:

" PRIMERO .- *Estimar parcialmente el presente recurso contencioso-administrativo declarando nulo los arts. 2.2, in fine, 6.3.e) y 14.3 de la Ordenanza impugnada. Decreto 206/06, de 28 de noviembre, de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía* , objeto de estas actuaciones.

SEGUNDO .- *No hacer expresa declaración sobre el pago de las costas del presente recurso*".

(La expresión *"Decreto 206/06, de 28 de noviembre, de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía"* debe de ser considerada como un error de transcripción de la sentencia, pese a haberse solicitado la aclaración de la misma mediante escrito de 31 de mayo de 2016, habiéndose denegado la solicitud formulada *"por la parte actora demandada"* mediante auto de la Sala de 11 de julio de 2016)

TERCERO .- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de la entidad Vodafone España, S. A. U. se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en auto de la Sala de instancia de fecha 27 de febrero de 2017, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, junto con el expediente administrativo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO .- Emplazadas las partes, la entidad Vodafone España, S. A. U. compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que en fecha 24 de abril de 2017 formuló el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los motivos que consideró oportunos, solicitó a la Sala se dicte sentencia por la que *"case y anule la sentencia recurrida y en su lugar se dicte nueva Sentencia por la que se deje sin efecto la Ordenanza Municipal Reguladora de las Condiciones Urbanísticas de Instalación de Equipos de Radiocomunicación del municipio de Rincón de la Victoria, y se declare la nulidad de la misma al haber sido aprobada por el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria incumpliendo el procedimiento legalmente establecido al haber sido aprobada sin recabar el preceptivo y vinculante informe sectorial de telecomunicaciones exigido por el artículo 26 LGTel. Y en ello en base a lo dispuesto en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* .

De manera subsidiaria y para el caso de que no se estime lo anterior, se declare la nulidad de los artículos 2.2, 3.1, artículo 6 apartado e); artículo 11.2, 14.3, artículo 30.2, artículo 31 en cuanto al régimen de licencias; artículo 31.3 y 31.4; artículo 32 apartado 3 puntos d) y f) y artículo 32 apartado 4; artículo 33, apartados 1, 2, 6 en cuanto al procedimiento de licencias; artículo 33.2 en cuanto a la aportación de la autorización del titular del terreno; artículo 33.2 apartado 2.1 en lo que se refiera a la utilización de la mejor tecnología disponible; artículo 33.2 apartado 2.1 a) en cuanto al uso compartido; artículo 33.2 apartado 2.5; artículo 33.7; artículos 34, 36, 37, 38, 39, y Disposición Transitoria Segunda, Tercera y Cuarta de la Ordenanza Municipal Reguladora de las Condiciones Urbanísticas de Instalación de Equipos de Radiocomunicación del municipio de Rincón de la Victoria, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga, número 168, en fecha 31 de agosto de 2012, por considerarlos nulos de pleno derecho en base a los fundamentos jurídicos que más adelante se expondrán".

QUINTO .- Por providencia de fecha 19 de mayo de 2017 se admitió a trámite el recurso, así como la remisión de los autos a la Sección Quinta de esta Sala para su sustanciación, ordenándose también, por diligencia de ordenación de 26 de mayo de 2017, entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida a fin de que en el plazo de treinta días pudiera formalizar escrito de oposición al recurso, lo que llevó a cabo el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria en escrito presentado en fecha 10 de julio de 2017, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó a la Sala sentencia por la que se declarara no haber lugar a estimar el recurso, confirmándose en todos sus extremos la sentencia recurrida, y, todo ello, con expresa condena en costas a la parte recurrente.

SEXTO .- Por providencia de 23 de julio de 2019 se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 25 de septiembre de 2019, fecha en la que, efectivamente, tuvo lugar.

SÉPTIMO .- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente Recurso de casación 109/2017 sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Justicia de Andalucía (Sala de Málaga), dictó en Recurso contencioso-administrativo 800/2012, promovido por la entidad Vodafone España, S. A. U., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga), adoptado en su sesión de 28 de mayo de 2012, por el que se aprobó definitivamente la Ordenanza municipal reguladora de las condiciones urbanísticas de instalación de equipos de radiocomunicación, que fue publicada en el BOP de Málaga de 31 de agosto de 2012.

En concreto, la sentencia de instancia impugnada, como se ha expresado, estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo y decretó la nulidad de los artículos 2.2, in fine, 6.3.e) y 14.3 de la Ordenanza impugnada.

SEGUNDO.- La sentencia impugnada se basó, en síntesis, y en lo que interesa en el presente recurso de casación, en las siguientes razones:

1º. En su Fundamento de Derecho Primero la sentencia responde a la pretensión de nulidad radical de la Ordenanza impugnada como consecuencia de *"haberse prescindido del informe previsto en el art. 26.2 de la Ley, entonces vigente, 32/03, General de Telecomunicaciones. Es decir, el correspondiente de la Administración General del Estado acerca de las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial a que se refieran"*.

Pues bien, la sentencia procede a rechazar la citada pretensión con base en las siguientes argumentaciones:

"Para ello, hay que empezar por decir que, según el art. 1 de la disposición impugnada, su objeto es la regularización de las condiciones urbanísticas a las que debe someterse la localización, instalación y funcionamiento de los elementos y equipos de Radiocomunicación en el expresado término municipal, a fin de que se implantación produzca la menor ocupación y el mínimo impacto visual y medioambiental en el entorno. Es decir, a pesar de su título, no incide la Ordenanza impugnada en las cuestiones que son propias de los distintos instrumentos de planeamiento.

Desde la anterior premisa, dicho motivo no puede prosperar pues la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de octubre de 2015 recoge la jurisprudencia que viene a decir que el elemento determinante para dilucidar si se ha de exigir el correspondiente informe, es el hallarnos ante un instrumento de planificación territorial o urbanística. Pues debe resultar claro que el legislador, cuando éste se refiere a instrumentos de planificación territorial o urbanística, se está refiriendo a lo que con más rigor podemos identificar como instrumentos de planeamiento urbanístico o de ordenación territorial. Y que en los Anexos de las leyes de 1998 y de 2003 en que respectivamente se contienen las definiciones de conceptos utilizados en las mismas, no se recoge una acepción específica a efectos de su aplicación de tales términos, de forma que tendremos que estar al concepto general de planeamiento urbanístico y territorial. Así las cosas, el hecho de que las Ordenanzas que regulan la instalación de infraestructuras de telecomunicación en un determinado

término municipal supongan, entre otras, el ejercicio de competencias urbanísticas, no convierte por ello a tales disposiciones en instrumentos de planeamiento ya que, éstos, constituyen una especie de los reglamentos que se definen, cuando menos, por su objeto y la especificidad de su procedimiento de tramitación y aprobación. Son normas cuyo objeto es, a grandes rasgos, determinar el régimen jurídico a que debe destinarse el territorio municipal mediante su asignación a una de las clases de suelo contemplada por la legislación urbanística de aplicación, pormenorizando en un segundo nivel de desarrollo la intensidad y condiciones de uso de cada uno de ellos. Es decir, realizan las funciones clásicas de clasificación y calificación del suelo.

Si bien la Ley 6/98, sobre régimen del suelo y valoraciones, vigente durante la tramitación y aprobación de la Ordenanza en que hallan mediato origen las presentes actuaciones, no contiene una definición de la potestad de planeamiento que nos permita dilucidar si una Ordenanza reguladora de la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones en un determinado término municipal encaja en su concepto, resulta muy ilustrativa la actual Ley del Suelo, cuyo texto refundido, de 2008, cataloga la ordenación territorial y la urbanística como aquellas funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste, (art. 3.1).

Lo que caracteriza por consiguiente a los instrumentos de planeamiento territorial o urbanístico es orientarse directamente a concretar el contenido del derecho de propiedad sobre el suelo. Finalidad que no se puede decir sea el fundamento de las Ordenanzas reguladoras de la implantación de instalaciones de telecomunicaciones, por mucho que coadyuven a delimitarlo, pero sólo en referencia a un determinado tipo de uso, que además no suele ser incompatible con el principal al que se destina el terreno, que es el dirigido a asentar sobre el mismo infraestructuras que sirvan a la prestación del servicio universal de telecomunicaciones. Dicha concomitancia se da también en otros tipos de Ordenanzas municipales, como las que protegen frente a la contaminación ambiental, verbigracia ordenando instalar aparatos de ventilación en determinados espacios o prohibiendo la de ciertos generadores en otros en que puede resultar peligroso; la de obras o la de ruido cuando restringen a determinados horarios el ejercicio de ciertas actividades, o las de convivencia cívica cuando limitan la práctica de ciertas costumbres en zonas que han de ser objeto de protección frente al posible deterioro urbano que conllevan. No tratándose por ello de normas de carácter urbanístico, en cuanto que la competencia urbanística no es su exclusiva razón de ser, como tampoco lo es en el caso de las Ordenanzas de telecomunicaciones, en cuya aprobación se proyectan otras competencias municipales igualmente relevantes.

Se trata de finalidades sobre las que tangencialmente pueden proyectarse las Ordenanzas dictadas en materia de telecomunicaciones, especialmente en cuanto coadyuven a limitar el uso del suelo y de las edificaciones, pero sin constituir en ningún caso su objeto específico, a diferencia de los instrumentos de planeamiento. Tal conclusión se corrobora teniendo a la vista los arts. 1 a 3 del RD. 2159/78, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento, en cuya enumeración de instrumentos normativos a cuyo través se desarrolla y ejercita la potestad de planeamiento no figuran tampoco las Ordenanzas de telecomunicaciones.

A lo anterior, que nos lleva a diferenciar entre las citadas Ordenanzas y los instrumentos de planeamiento urbanístico y territorial, se añade un argumento práctico. Y es que el trámite previsto en el referido art. 26 tiene por objeto que el Municipio tenga constancia de las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones

para el término municipal. Y este conocimiento debe servir efectivamente de condicionante o factor de moderación de los instrumentos de planeamiento, en cuanto que un tratamiento particularmente cicatero de los mismos con respecto a las instalaciones de telecomunicaciones podría hacer inefectivo el derecho de los ciudadanos al disfrute del servicio correspondiente, pero no cuando se trata de configurar, desde una perspectiva general, los criterios y limitaciones que deben presidir su implantación en el término municipal. En las Ordenanzas relacionadas con las telecomunicaciones, en principio, no existe una ordenación de detalle del término municipal que motive introducir en su elaboración consideraciones de oportunidad o de necesidad, según los casos, de implantación de instalaciones en sectores específicos, por lo que lo que la ley dice responde a la lógica, y es que se solicite el informe del Estado cuando se trate exclusivamente de hacer ciudad, objeto este último específico de los instrumentos de planeamiento. Consideraciones que debemos igualmente extender a los instrumentos de ordenación territorial, añadiéndose en este caso a la diferenciación de objeto con las Ordenanzas de telecomunicaciones, una proyección extramunicipal de la que aquéllas, por razones obvias, carecen.

La lógica consecuencia lleva irremediamente, como hemos adelantado, a la desestimación del motivo, pues la Ordenanza, cuya legalidad se discutía en la instancia, no contiene determinaciones impropias de ese tipo de ordenanzas, pues no se adentra en cuestiones urbanísticas o de ordenación del territorio. No clasifica suelo ni regula el contenido urbanístico del mismo, sino que se limita a establecer los requisitos para la instalación de la antena en los suelos que ya tienen la clasificación correspondiente prevista y definida en la norma urbanística. La citada ordenanza no es, en definitiva, expresión del ejercicio de la potestad urbanística pues los instrumentos de planificación territorial o urbanística a que se refiere el artículo, son aquellos que definen el contenido del derecho de propiedad sobre el suelo y este no es el objeto de la regulación que establece la ordenanza impugnada en la instancia, a tenor de la exposición de motivos y del contenido de sus preceptos, pues expresan una única finalidad: la implantación de instalaciones de telecomunicaciones, aunque para ello se hagan, como es natural, referencias a las ordenanzas urbanísticas, los tipos de suelo, y su uso".

TERCERO.- Contra esta sentencia ha interpuesto la entidad Vodafone España, S. A. U. el presente recurso de casación en el que esgrime **once motivos de impugnación**, articulándolos, el primero, al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa (LRJCA), esto es, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión para la parte; y, los diez restantes, al amparo del apartado d) del mismo precepto, esto es, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

Pese a su irrelevancia, por lo que luego se dirá, debemos contestar, en primer término, a la pretensión, de base procesal, que se contiene en el **primero de los motivos formulados**.

En este primer motivo (88.1.c de la LRJCA), se denuncia como infringido el artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (LEC), ya que la sentencia ---según se expresa--- incurre en incongruencia interna, dada la contradicción existente entre los fundamentos de la misma y su parte dispositiva, ya que, en los primeros se hace referencia a la falta de competencia del Ayuntamiento

para la imposición de distancias de seguridad respecto de las instalaciones de telefonía móvil por motivos exclusivamente sanitarios, y, sin embargo, no lleva al fallo de la misma la nulidad del artículo 30.2 de la Ordenanza, en el que se establecen tales distancias.

Entre otras muchas, en las *SSTS de 18 junio de 2013 y de 21 de marzo de 2005* nos referimos, en concreto, a lo que parece ser la incongruencia denunciada por la recurrente, esto es, a la denominada incongruencia interna, respecto de la cual, dijimos:

"La sentencia, en fin, debe tener una coherencia interna, ha de observar la necesaria correlación entre la ratio decidendi y lo resuelto en el fallo o parte dispositiva; y, asimismo, ha de reflejar una adecuada conexión entre los hechos admitidos o definidos y los argumentos jurídicos utilizados. Se habla así de un supuesto de incongruencia o de incoherencia interna de la sentencia cuando los fundamentos de su decisión y su fallo resultan contradictorios.

La incongruencia interna de la sentencia es, por tanto, motivo de recurso de casación por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, conforme al artículo 95.1.3º LJCA , aunque no sea por desajuste a lo pedido o a la causa de pedir, en los términos que derivan del artículo 359 LECiv /1881 (art. 218 LECiv/2000) y artículos 33.1 y 67 LJCA (arts. 43.1 y 80 LJ), sino por falta de la lógica que requiere que la conclusión plasmada en el fallo sea el resultado de las premisas previamente establecidas por el Tribunal. Y es que los fundamentos jurídicos y fácticos forman un todo con la parte dispositiva esclareciendo y justificando los pronunciamientos del fallo, y pueden servir para apreciar la incongruencia interna de que se trata cuando son tan contrarios al fallo que éste resulta inexplicable. No obstante, la jurisprudencia de esta Sala ha realizado dos importantes precisiones: la falta de lógica de la sentencia no puede asentarse en la consideración de un razonamiento aislado sino que es preciso tener en cuenta los razonamientos completos de la sentencia; y, tampoco basta para apreciar el defecto de que se trata, cualquier tipo de contradicción sino que es preciso una notoria incompatibilidad entre los argumentos básicos de la sentencia y su parte dispositiva, sin que las argumentaciones obiter dicta, razonamientos supletorios o a mayor abundamiento puedan determinar la incongruencia interna de que se trata".

Pues bien, como hemos adelantado, el motivo deviene irrelevante a la vista de la estimación que realizaremos en el fundamento siguiente, más, con independencia de ello, y desde una perspectiva estrictamente técnica, el motivo no podría ser acogido.

Si bien se observa, la sentencia de instancia realiza un conjunto de razonamientos, en los Fundamentos Segundo y Tercero, sobre el ámbito competencial municipal en la materia que nos ocupa, y luego, en concreto, en el siguiente Fundamento Cuarto, añade que *"delimitado el ámbito competencial, su alcance y límites de su desarrollo, así como el contenido posible de la Ordenanza, debemos detenernos, ahora, en aquellos de sus preceptos en los que se aprecia un exceso del marco competencial que asiste al Ayuntamiento"* ; pues bien, de conformidad con ello, la sentencia se detiene, exclusivamente, en tres de los veinticinco artículos y disposiciones expresamente citados, con carácter subsidiario, por la recurrente en el suplico de su demanda. De esta forma, la sentencia anula los artículos 2.2, 6.3.e) y 14.3, y, de conformidad con lo expresado, no procede a la anulación de los veintidós preceptos restantes, por considerar que no se oponen a los razonamientos contenidos en los citados Fundamentos Segundo y Tercero.

El motivo, pues, decae por no concurrir la incongruencia invocada.

CUARTO.- Los **diez restantes motivos** , que procesalmente se encauzan al amparo del *artículo 88.1.d de la LRJCA* , son los siguiente:

2º. En el segundo motivo se denuncia la infracción del *artículo 26.2 de la ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de telecomunicaciones (LGT)*, en relación con el 62.1.e) de *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPA)* y el 149.1.21 de la CE, así como de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate (*STC 8/2012, de 18 de enero* y *SSTS de 9 de marzo de 2011 (RC 3037/2008)* , *22 de marzo de 2011 (RC 1845/2006)*) y *1852/2016, de 19 de julio (RC 4132/2014)*), por cuanto, según se expresa, en la aprobación de la Ordenanza municipal impugnada resultaba preceptiva la solicitud del informe regulado en el artículo considerado como infringido.

3º. En el tercer motivo, la infracción denunciada se concreta en el *artículo 30.2 de la Ordenanza impugnada considerando que su contenido infringe los artículos 9 , 149.1.16 , 149.1.21 y 149.1.23 CE* , así como los *artículos 28 y 29 de la LGT , 42.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de sanidad*, y disposiciones del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas (RER), así como el *artículo 9 CE* y la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate; en síntesis, se mantiene por la recurrente que la sentencia impugnada debió proceder a decretar la nulidad del artículo 30.2 de la Ordenanza, ya que el contenido del mismo vulnera las competencias estatales en materia de sanidad, no pudiendo imponerse las distancias que en el precepto se contienen con base en el ejercicio de competencias urbanísticas.

4º. En el cuarto motivo, la infracción denunciada se concreta en los *artículos 3.1 y 23.2.1 de la Ordenanza impugnada considerando que su contenido infringe los artículos 149.1.21 CE* , así como el *artículo 3 de la LGT* , y la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, por cuanto, según se expresa en el motivo, excede de la competencia que es propio de los municipios el establecimiento de exigencias relacionadas con la mejor tecnología disponible sin hacer remisión a los parámetros del Estado, lo que acontece en los dos preceptos invocados.

5º. En el quinto motivo, la infracción denunciada afecta a los *artículos 31 y 33, así como las disposiciones transitorias segunda, tercera y cuarta de la Ordenanza impugnada por cuanto infringen la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de Medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, al someter, en síntesis, los referidos preceptos, las instalaciones de telefonía móvil al régimen de licencia, y no al de declaración responsable.*

6º. En el sexto motivo, la infracción denunciada afecta a los *artículos 31.3 , 33.2.5 y 33.7, así como las disposiciones transitorias segunda, tercera y cuarta de la Ordenanza impugnada por cuanto infringen los artículos 149.1.21 CE , 30 de la LGT , disposiciones del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre (RER), así como el artículo 84.1.b) de la 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las bases de régimen local (LBRL) y el artículo 16 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, y la jurisprudencia aplicable para*

resolver las cuestiones objeto de debate. En síntesis, se pone de manifiesto por la recurrente que el Ayuntamiento incluye en el contenido de los preceptos concernidos por el motivo de impugnación una serie de exigencias que son contrarias a derecho, habiendo sido las mismas declaradas válidas por la sentencia recurrida, lo cual resulta contrario al Ordenamiento jurídico (Aportación de autorización ministerial para la obtención de permisos y revisión de licencias, carácter revisable de las licencias, aportación de contrato de arrendamiento de la superficie en la que se pretenda la instalación o autorización por parte de la comunidad de vecinos, o la justificación técnica de la posibilidad o imposibilidad de uso compartido de infraestructuras con otros operadores).

7º. En el motivo séptimo, la infracción denunciada afecta al artículo 39 de la Ordenanza considerando producida la infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, que cita y reproduce, al permitir el precepto la posibilidad de ordenar el desmantelamiento de una instalación en casos diferentes a los regulados en la ley, establecer multas coercitivas por importes diferentes a los legalmente previstos u ordenar la retirada de instalaciones en trámite de legalización.

8º. En el octavo motivo, la infracción denunciada afecta al *artículo 34 de la Ordenanza impugnada por cuanto infringe el artículo 1255 del Código Civil* (autonomía de la voluntad) al ordenar el precepto la retirada de las instalaciones en caso de cese de la actividad.

9º. En el noveno motivo, la infracción denunciada afecta al *artículo 32 de la Ordenanza impugnada por cuanto infringe los artículos 149.1.21 CE, así como 7 y 8 del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre (RER)*, al carecer el Ayuntamiento de competencias para establecer exigencias tales como el aportar, en denominado Plan de implantación, datos relativos a tecnologías, tipos de equipos, antenas y señalización de los campos electromagnéticos.

10º. En el motivo décimo, la infracción denunciada afecta al *artículo 11.2 de la Ordenanza impugnada, por cuanto infringe el artículo 149.1.21 CE*, ya que el precepto establece la exigencia de cumplimiento de los criterios de diseño de la red de telecomunicaciones, de competencia estatal, red de la que forman parte las estaciones de telefonía móvil, cuya altura se regula en el precepto.

11º. Por último en el undécimo motivo, la infracción denunciada afecta a los *artículos 36, 37 y 38 de la Ordenanza impugnada por cuanto infringen los artículos 9.1, 25 y 103.1 CE*, así como la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate; los citados preceptos regulan el régimen sancionador, permitiéndose conductas infractoras contenidas en la citada norma reglamentaria, así como sanciones o personas responsables que infringen el principio de legalidad.

Pues bien, con base en los anteriores motivos la recurrente solicite que se case la sentencia impugnada, debiendo dictarse nueva sentencia en la que se deje sin efecto la Ordenanza impugnada, declarándose la nulidad de la misma al haber sido aprobada por el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria incumpliendo el procedimiento legalmente establecido, al haber realizado la aprobación sin recabar el preceptivo y vinculante informe sectorial de telecomunicaciones exigido por el *artículo 26 de la LGT*.

Con carácter subsidiario, y para el supuesto de no estimarse tal nulidad, solicita que se declare la concreta nulidad de los preceptos que se indican, reseñados

en los diferentes motivos anteriores de este mismo Fundamento.

QUINTO.- Debemos, a diferencia del motivo anterior, acoger la infracción que se denuncia en el **motivo segundo** al no haberse dado cumplimiento, durante la tramitación del procedimiento de elaboración de la Ordenanza, a la exigencia prevista en el *artículo 26.2 de la LGT*, por no haberse solicitado del Ministerio de Fomento la informe preceptivo al que dicho precepto hace referencia.

La tesis que se mantiene por la Sala de instancia es que, en el supuesto de autos, no se está en presencia de un *"instrumento de planificación territorial o urbanística"*, concepto al que, en exclusiva, se refiere el *artículo 26.2 de la LGT*; por la sentencia se mantiene, en síntesis ---como antes se ha transcrito--- que *"el hecho de que las Ordenanzas que regulan la instalación de infraestructuras de telecomunicación en un determinado término municipal supongan, entre otras, el ejercicio de competencias urbanísticas, no convierte por ello a tales disposiciones en instrumentos de planeamiento"*, ya que la finalidad esencial de estos instrumentos no es otro que la realización de *"las funciones clásicas de clasificación y calificación del suelo"*, aunque las Ordenanzas reguladoras de la implantación de instalaciones de telecomunicaciones, *"coadyuven a delimitarlo (el suelo), pero sólo en referencia a un determinado tipo de uso, que además no suele ser incompatible con el principal al que se destina el terreno, que es el dirigido a asentar sobre el mismo infraestructuras que sirvan a la prestación del servicio universal de telecomunicaciones"*. Por todo ello, se llega a la conclusión de que la Ordenanza impugnada *"no contiene determinaciones impropias de ese tipo de ordenanzas, pues no se adentra en cuestiones urbanísticas o de ordenación del territorio. No clasifica suelo ni regula el contenido urbanístico del mismo, sino que se limita a establecer los requisitos para la instalación de la antena en los suelos que ya tienen la clasificación correspondiente prevista y definida en la norma urbanística. La citada ordenanza no es, en definitiva, expresión del ejercicio de la potestad urbanística pues los instrumentos de planificación territorial o urbanística a que se refiere el artículo, ... pues expresan una única finalidad: la implantación de instalaciones de telecomunicaciones, aunque para ello se hagan, como es natural, referencias a las ordenanzas urbanísticas, los tipos de suelo, y su uso"*.

Por ello, debemos analizar el contenido real de la sentencia impugnada, en relación con la auténtica naturaleza de la Ordenanza discutida, y debemos realizarlo desde la perspectiva de las anteriores manifestaciones llevadas a cabo por esta Sala, no sin antes destacar que los reiterados conflictos suscitados en relación con este tipo de Ordenanzas municipales, desde una perspectiva material, han girado en torno a determinados ámbitos competenciales, imputándoseles a las mismas haber invadido competencias sanitarias o de telecomunicación, propias del Estado. En el Fundamento siguiente dejaremos constancia de la reciente *STS 155/2019 de 11 de febrero (RC 326/2016, ECLI:ES:TS:2019:453)*, en la que hemos sintetizado la doctrina de la Sala sobre tales conflictos competenciales, con la advertencia de que la infracción que ahora se denuncia ---del *artículo 26.2 de la LGT* --- no fue planteada en el citado *RC 326/2016, ni resuelto en la sentencia de instancia* de la que aquel recurso de casación traía causa.

Pues bien, en relación con la cuestión suscitada, sobre la aplicación del mandato contenido en el *artículo 26.2 de la LGT* a las Ordenanzas municipales de referencia, habíamos realizado los siguientes pronunciamientos en la *STS 1852/2016, de 19 de julio (RC 4132/2014, ECLI:ES:TS:2016:3762)*, sintetizando anteriores pronunciamientos:

" La jurisprudencia de esta Sala dictada respecto del artículo 26.2 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 se puede resumir con la cita de la sentencia de esta Sala y Sección de 2 de octubre de 2015 (recurso de casación 3730/2013) que se remite a las de 17 y 18 de mayo de 2010 (recursos de casación 1186 y 2491/2007, respectivamente) y a las que pueden añadirse las de la Sección Quinta de 9 y 22 de marzo de 2011 (recursos de casación 3037/2008 y 1845/2006 respectivamente). De todas estas sentencias se deduce esta jurisprudencia:

1º El objeto del informe es que el municipio tenga constancia de las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones para el término municipal y ese conocimiento debe condicionar los instrumentos de planeamiento, todo con la finalidad de no hacer ineficaz el derecho de los ciudadanos al acceso a unas telecomunicaciones.

2º La Ley General de Telecomunicaciones de 2003 no define qué son los "instrumentos de planificación territorial o urbanística" y lo determinante para exigir el informe es si la ordenanza es, realmente, un instrumento de planificación territorial o urbanística.

3º Ante el silencio de la ley se ha entendido que cuando ésta se refiere a instrumentos de planificación territorial o urbanística, se está refiriendo a lo que con más rigor podemos identificar como instrumentos de planeamiento urbanístico o de ordenación territorial lo que se identifica con la expresión "hacer ciudad", siendo lo propio de esos instrumentos delimitar el contenido del derecho de la propiedad sobre el suelo.

4º Que las ordenanzas reguladoras de la instalación de infraestructuras de telecomunicación en un término municipal supongan, entre otras, el ejercicio de competencias urbanísticas, no las convierte en instrumentos de planeamiento.

5º Podrá haber ordenanzas que coadyuven a delimitar el suelo pero sólo en referencia a un determinado tipo de uso que, además, no suele ser incompatible con el principal al que se destina el terreno, que es el dirigido a asentar sobre el mismo infraestructuras que sirvan a la prestación del servicio universal de telecomunicaciones.

6º Esa concomitancia se da también en otros tipos de ordenanzas como las que protegen frente a la contaminación ambiental y ordenan, por ejemplo, instalar aparatos de ventilación en determinados espacios o prohíben la de ciertos generadores en otros en que puede resultar peligroso; o las de obras o las de ruido cuando restringen a determinados horarios el ejercicio de ciertas actividades, o las de convivencia cívica cuando limitan la práctica de ciertas costumbres en zonas que han de ser objeto de protección frente al posible deterioro urbano que conllevan.

7º En esos casos no se está ante normas urbanísticas pues la competencia urbanística no es su exclusiva razón de ser, como tampoco lo es en el caso de las ordenanzas de telecomunicaciones, en cuya aprobación se proyectan otras competencias municipales igualmente relevantes.

8º Esto no quita para que haya ordenanzas reguladoras de la instalación de redes de comunicaciones que, formalmente, no se presenten como instrumentos de planeamiento urbanístico, pero que deben ser informadas si es que, de hecho, su regulación califica en la práctica el suelo, erigiéndose en verdaderos instrumentos de

planeamiento o de ordenación urbanística, siquiera complementario.

9º Es carga de quien demande exponer por qué entiende que la ordenanza es un instrumento, siquiera complementario, de la ordenación urbanística".

En las dos últimas SSTS citadas en la anterior (SSTS de 9 y 22 de marzo de 2011 , RRCC 3037/2008 , ECLI:ES:TS:2011:1182, y, 1845/2006 , ECLI:ES:TS:2011:1970, respectivamente) ya nos habíamos acercado, en concreto, a esta cuestión, realizando unos pronunciamientos que debemos reproducir.

En la primera habíamos señalado que "la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998, en su art. 44.3 , estableció la previsión que ahora nos ocupa, a cuyo tenor se exige que los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística recaben un informe estatal para determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones, añadiéndose que esos instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, señaladas en los informes elaborados en ese trámite por el órgano estatal competente.

El problema reside en que esta Ley sectorial de telecomunicaciones no define lo que entiende por "instrumentos de planificación territorial o urbanística", y ello nos obliga a plantearnos si debemos configurar como tales única y estrictamente los que con ese carácter se dibujan en los ordenamientos propiamente urbanísticos, o si por encima del significante hemos de atender a la finalidad y contenido de la norma para determinar su inclusión en el precepto.

Situados, pues, ante la necesidad de precisar cuáles son esos instrumentos de planificación territorial o urbanística cuya aprobación está condicionada por la previa emisión del informe estatal, entendemos que, obviamente, precisarán ese informe los instrumentos de planeamiento expresa y formalmente caracterizados como tales en las correspondientes legislaciones autonómicas. Ahora bien, partiendo de la base de que desde una perspectiva de realismo jurídico lo que importa no es tanto la denominación formal del instrumento jurídico sino su naturaleza, finalidad y contenido real, pues "las cosas son lo que son, y no como se las llame " (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2008, recurso de casación 5748/2005), lo verdaderamente determinante para requerir la emisión de ese informe será que, a través de la iniciativa autonómica o municipal concernida con independencia de su caracterización o presentación formal, se pretenda introducir una ordenación jurídica con repercusión sobre la ordenación territorial y urbanística, que como tal incida directamente en la esfera de intereses que justamente quiere proteger y salvaguardar la atribución competencial a favor del Estado en materia de telecomunicaciones, intereses entre los que, por cierto, se encuentra un principio esencial como es el de unidad de mercado, que opera como un límite frente a eventuales excesos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias que pudieran derivar en una distorsión relevante del mercado nacional en esta materia.

Así entendemos que sería predicable también la exigencia contemplada en el tan citado artículo 44.3 a una ordenanza municipal sobre regulación de la instalación de redes de comunicaciones que formalmente no se presentase como instrumento de planeamiento urbanístico pero que de hecho contuviera una regulación tal que en la práctica viniese a subdividir la clase de suelo de que se tratara en zonas diferenciadas por razón del destino específico o aprovechamiento urbanístico concreto que se les asignase, es decir, que materialmente estuviera calificando suelo.

Del mismo modo, si la reglamentación general de una Comunidad Autónoma, sobre ordenación de las infraestructuras en red de comunicaciones, predetermina el contenido de los instrumentos de planeamiento al imponerles un contenido o marcarles unas directrices de necesaria observancia a la hora de abordar la ordenación urbanística, deberá requerirse también en su procedimiento de elaboración el cumplimiento del trámite previsto en el tan citado artículo 44.3 de la Ley General de Telecomunicaciones , pues de otro modo, si así no se hiciera, se produciría el resultado absurdo de exigir con rigor ese trámite en la elaboración del plan pero no requerirlo respecto de la norma que le marca anticipadamente su contenido, singularmente cuando esa norma reglamentaria invoque como título legitimador la competencia autonómica en materia urbanística y de ordenación del territorio, pues difícilmente puede decirse que no nos hallemos ante un instrumento de planificación urbanística cuando se trate de un reglamento que perfila el contenido de la planificación urbanística y además lo hace en nombre de la potestad autonómica para ordenar el territorio".

Por su parte, en la segunda de las SSTs, con cita de la anterior, añadimos:

"Sin embargo, no está de más recordar que en reciente sentencia de esta Sala y Sección de 9 de marzo de 2011 (recurso de casación 3037/2008) hemos declarado que la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998, en su artículo 44.3 , exige que los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística recaben un informe estatal para determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones, añadiéndose que esos instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, señaladas en los informes elaborados en ese trámite por el órgano estatal competente.

Como esa Ley sectorial de telecomunicaciones, seguimos indicando en ella, no define lo que entiende por "instrumentos de planificación territorial o urbanística", nos planteamos si procedían considerarse como tales única y estrictamente los que con ese carácter se dibujan en los ordenamientos propiamente urbanísticos, o si por encima del significante había que atender a la finalidad y contenido de la norma para determinar su inclusión en el precepto.

Por las razones expuestas en aquella sentencia, llegamos a la conclusión de que el informe contemplado en el tan citado artículo 44.3 es exigible a las ordenanzas municipales sobre regulación de la instalación de redes de comunicaciones que formalmente no se presenten como instrumentos de planeamiento urbanístico pero que de hecho contengan una regulación tal que en la práctica venga a subdividir la clase de suelo de que se trate en zonas diferenciadas por razón del destino específico o aprovechamiento urbanístico concreto que se les asigne, es decir, que materialmente califiquen suelo.

Declaramos en dicha sentencia también que, si la reglamentación general de una Comunidad Autónoma, sobre ordenación de las infraestructuras en red de comunicaciones, predetermina el contenido de los instrumentos de planeamiento al imponerles un contenido o marcarles unas directrices de necesaria observancia a la hora de abordar la ordenación urbanística, deberá requerirse en su procedimiento de elaboración el cumplimiento del trámite previsto en el tan citado artículo 44.3 de la Ley General de Telecomunicaciones , pues de otro modo, si así no se hiciera, se produciría el resultado absurdo de exigir con rigor ese trámite en la elaboración del

plan pero no requerirlo respecto de la norma que le marca anticipadamente su contenido, singularmente cuando esa norma reglamentaria invoque como título legitimador la competencia autonómica en materia urbanística y de ordenación del territorio, pues difícilmente puede decirse que no nos hallemos ante un instrumento de planificación urbanística cuando se trate de un reglamento que perfila el contenido de la planificación urbanística y además lo hace en nombre de la potestad autonómica para ordenar el territorio".

SEXTO.- Con tales precedentes hemos de afrontar los pronunciamientos, excluyentes del informe de telecomunicaciones, llevado a cabo por la Sala de instancia, que, en síntesis, mantiene que la Ordenanza impugnada, *"a pesar de su título, no incide ... en las cuestiones que son propias de los distintos instrumentos de planeamiento"*. Dicho de otra forma, la sentencia señala que *"la Ordenanza, ... no contiene determinaciones impropias de ese tipo de ordenanzas, pues no se adentra en cuestiones urbanísticas o de ordenación del territorio. No clasifica suelo ni regula el contenido urbanístico del mismo, sino que se limita a establecer los requisitos para la instalación de la antena en los suelos que ya tienen la clasificación correspondiente prevista y definida en la norma urbanística. La citada ordenanza no es, en definitiva, expresión del ejercicio de la potestad urbanística pues los instrumentos de planificación territorial o urbanística a que se refiere el artículo, son aquellos que definen el contenido del derecho de propiedad sobre el suelo y este no es el objeto de la regulación que establece la ordenanza impugnada ... a tenor de la exposición de motivos y del contenido de sus preceptos, pues expresan una única finalidad: la implantación de instalaciones de telecomunicaciones, aunque para ello se hagan, como es natural, referencias a las ordenanzas urbanísticas, los tipos de suelo, y su uso"*.

Lo cierto, sin embargo, es que la sentencia no realiza un examen pormenorizado del contenido de los artículos la Ordenanza, limitándose, como se expresa, a realizar las siguientes afirmaciones, tras un examen de su *"exposición de motivos y del contenido de sus preceptos"* :

a) Que la Ordenanza no incide en cuestiones propias de los instrumentos de planeamiento a los que se refiere el *artículo 26.2 de la LGT* .

b) Que la misma no se adentra en cuestiones urbanísticas ni de ordenación del territorio.

c) Que no clasifica suelo ni regula el contenido del derecho urbanístico.

d) Que se limita a establecer los requisitos para la instalación de la antena en los suelos que ya tienen la clasificación correspondiente prevista y definida en la norma urbanística.

e) Y que la misma no es expresión del ejercicio de la potestad urbanística, limitando el ámbito o contenido de los instrumentos de planificación territorial o urbanística, a los que se refiere el *artículo 26.2 de la LGT* , a aquellos que definen el contenido del derecho de propiedad sobre el suelo, sin que ello constituya el objeto de la regulación que establece la Ordenanza impugnada.

Pues bien, del examen de la Ordenanza impugnada en la instancia podemos destacar los siguientes aspectos:

I. La denominación de la misma: Ordenanza municipal reguladora de las

condiciones urbanísticas de instalación de equipos de radiocomunicación.

II. En la Exposición de motivos se señala:

Que las instalaciones de los servicios de telecomunicación producen un fuerte impacto en el paisaje urbano, rural y natural.

Que las citadas instalaciones afectan, sin duda, a las competencias que, en materia urbanística y medioambiental, tiene reconocida la Administración local.

Que, desde dicha perspectiva competencial, la Administración local tiene que favorecer aquellas infraestructuras que produzcan un menor impacto visual y ambiental sobre el entorno.

Que, de conformidad con las competencias de diseño urbanístico de su propio territorio municipal, debe la Ordenanza, fijar garantías acentuadas en aquellos lugares o ámbitos en los que existan grupos poblacionales que hayan de ser objeto de especial atención.

III. Del articulado de la Ordenanza, debemos destacar:

1º. En el artículo 1º se señala que el objeto de la Ordenanza es *"la regulación de las condiciones urbanísticas a las que debe someterse la localización, instalación y funcionamiento de los elementos y equipos de Radiocomunicación"*, con la finalidad de que su implantación *"produzca la menor ocupación y el mínimo impacto visual y medioambiental en el entorno"*.

2º. En el 2º.1, que en relación con la *"determinación de los emplazamientos de los elementos y equipos ... se cumplirán las condiciones que específicamente se establezcan en los títulos siguientes"*.

3º. En el 2º.2, que *"[s]e permitirán estas instalaciones sobre suelos destinados a zonas verdes, espacios libres o viales, en parcelas o edificios destinados a equipamientos, siempre que sean compatibles con el uso del suelo."*

4º. En el inciso final del mismo artículo 2º.2 ---anulado por la sentencia de instancia--- se dispone: *"En ningún caso se permitirán estas instalaciones en colegios, guarderías, centros de salud, hospitales ni residencias para la tercera edad o similares"*.

5º. En el artículo 3 se proclama el principio de "Minimización del impacto visual", con la finalidad de que cualesquiera de las instalaciones reguladas en la Ordenanza alcance *"la máxima reducción del impacto visual, consiguiendo el adecuado mimetismo con el paisaje arquitectónico urbano"*. Para ello, en el apartado 2, se añade que *"[l]as instalaciones deberán respetar, tanto por su composición y color, como por los materiales a emplear, el carácter del emplazamiento en que hayan de ubicarse y del ambiente en que se enclave"*.

6º. En el artículo 4º se regula el denominado Proyecto de Infraestructuras Comunes de Telecomunicaciones, señalando que será preceptiva la inclusión de previsiones respecto de tal Proyecto *"[e]n la redacción de los Planes Parciales de Ordenación, Planes Especiales, Proyectos de Urbanización, así como en los proyectos de obras de nueva edificación o de rehabilitación integral de edificios"*.

7º. En el artículo 6º se regulan las condiciones de instalación de las Estaciones base situadas sobre cubiertas de edificios, obligando a que *"se impida su visión desde la vía pública y no se dificulte la instalación sobre la cubierta"* y estableciendo, en el apartado 3, una serie de condiciones prohibiendo la instalación sobre el pretil de remate de fachada de un edificio o sobre faldones de cubierta inclinada, imponiendo que las antenas tengan la altura mínima posible para permitir la operatividad del servicio (sin que, en todo caso, la misma no pueda exceder de 4 metros en las viviendas unifamiliares y plurifamiliares equivalentes, o de 7 en las demás plurifamiliares, *"medidos desde la altura máxima reguladora marcada en el PGOU"*); también se hace referencia al plano de inclinación de los mástiles o antenas (45º), así como, en el apartado e), a las distancias de retranqueo mínimo del conjunto formado por el mástil y la antena integrante de las instalaciones, tanto en relación con el perímetro del edificio como con cualquier otro edificio existente; apartado e) también anulado por la sentencia de instancia. Algo similar se contiene en el artículo 15 en relación con las estaciones de telefonía fija con acceso vía radio.

8º. Y, parecida es la regulación que, en el artículo 7º, se realiza en relación con la instalación de los contenedores vinculados a las instalaciones, respecto de los que el precepto establece reglas relacionadas con la seguridad estructural del edificio, superficie, ubicación dentro del edificio, distancias o emisión de ruidos.

9º. El artículo 8 impone una especial protección en relación con los edificios catalogados y protegidos *"en los diferentes instrumentos de planeamiento"* , declarando la incompatibilidad de instalación en los mismos *"salvo que se justifique la anulación del impacto visual desfavorable"*.

10º. Algo similar ---establecimiento de condiciones urbanísticas--- se produce en el artículo 9, en relación con las instalaciones situadas en las fachadas de los edificios, o, artículo 10, con la instalación de antenas de dimensiones reducidas sobre construcciones o elementos integrantes del mobiliario urbano.

11º. Especialmente significativa es la regulación que se lleva a cabo en los artículos 11 y siguientes sobre las instalaciones de antenas de telefonía móvil situadas sobre mástiles o estructuras soporte apoyadas sobre terreno, señalando que *"los emplazamientos permitidos deberán ser conformes con las determinaciones urbanísticas en vigor y con las derivadas de la normativa sectorial de aplicación (Medio ambiente, Patrimonio Histórico, Seguridad del Tráfico Aéreo, Protección de las Vías Públicas, etc.)"*; de forma concreta, establece la distancia mínima a linderos (15 metros) así como la altura máxima total de las mismas (4 metros, *"medidos a partir de la altura máxima reguladora de las edificaciones del entorno fijadas en el PGOU"*). En el artículo 14 se prohíbe *"expresamente la instalación de antenas en suelos calificados como Unifamiliar Aislada en el Plan General"* , y, en el suelo no urbanizable (artículo 13) la instalación sólo se permitirá "con carácter provisional", y, en todo caso, cumpliendo las condiciones de altura y distancia del artículo 11, *"y siempre que no dificulte el futuro desarrollo del planeamiento"* . Por su parte, el artículo 14 regula las condiciones específicas de implantación en suelo no urbanizable, lo cual resultará posible *"de acuerdo con las prescripciones establecidas respecto de los usos previstos en suelo no urbanizable y en suelo no urbanizable protegido"*, imponiéndose la obligación de acreditar *"no solo la compatibilidad con los usos previstos y la observancia de la legalidad vigente, sino fundamentalmente la adopción de cuantas medidas resulten oportunas al objeto de garantizar la preservación del entorno natural y medioambiental, minimizando al máximo su impacto sobre el mismo"*. Por último

debe recordarse que el apartado 3 del artículo también fue anulado por la sentencia de instancia: en el mismo se establecían las distancias mínimas entre dos instalaciones, imponiéndose la adopción de las *"medidas oportunas para reducir el impacto paisajístico"*.

12º. En el Capítulo III la Ordenanza regula los Equipos de radiodifusión y televisión imponiendo (artículo 17) las condiciones, físicas y urbanísticas, de ubicación de las de las antenas, de forma pormenorizada, de las antenas de Estaciones de radioaficionados (artículos 18 y 19); de las Estaciones emisoras, repetidoras y reemisoras de los servicios de radiodifusión sonora y televisión; o, en fin (artículo 22), de los Equipos de radiocomunicación para la defensa estatal, la seguridad pública, la protección civil y de otros servicios gestionados directamente por la Administración pública.

13º. Debemos concluir el examen del articulado de la Ordenanza impugnada recordando que el Título IV de la misma se ocupa del "Cableado en edificios" ---que deberá realizarse de conformidad con la Infraestructura Común de Telecomunicaciones, y adaptarse a la acometida de energía común del edificio---, y que el Título V regula la "Protección ambiental y de seguridad de las instalaciones", estableciendo normas sobre protección frente a descargas eléctricas, accesibilidad y aislamiento, condiciones de seguridad de los contenedores, sistemas de refrigeración y emisiones radioeléctricas, imponiendo el cumplimiento, *"en materia de emisiones electromagnéticas, (de) la Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones, el RD 1066/01 y demás normas de desarrollo"* .

Pues bien, a la vista del anterior contenido normativo reglamentario, es obvio que el Ayuntamiento recurrente debió cumplir con los mandatos establecidos en el *artículo 26 de la LGT* .

De su análisis se deducen tres mandatos legales:

1º. Que los operadores tienen derecho, en los términos establecidos en la Ley a la ocupación del dominio público, en la medida en que tal ocupación resulte necesaria para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas.

2º. Que, como consecuencia de la titularidad estatal competencial en materia de las citadas comunicaciones (en los términos que hemos establecido, y vamos a sintetizar en el Fundamento siguiente) las Administraciones competentes para la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística, están obligadas (*"deberán recabar"*) de la Administración General del Estado el oportuno informe sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Y,

3º. A consecuencia de tal informe (insistimos, obligatorio y con la finalidad expresada), las Administraciones competentes en materia de urbanismo y ordenación territorial, *"deberán recoger las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas contenidas en los informes emitidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología"*.

Somos conscientes de los reiterados conflictos competencial surgidos como consecuencia del ejercicio competencias urbanísticas y medioambientales, de una parte, y de las de sanidad y telecomunicaciones, de otra; e, igualmente, somos conscientes de la dificultad existente para el establecimiento de límites claros, habiendo sido necesaria, en este ámbito jurisdiccional, la intervención del Pleno de *la*

Sala (STS de 29 de enero de 2013, RC 4490/2007) y del Tribunal Constitucional (STC 8/2012, de 18 de enero). Pero, igualmente, somos conscientes que un intento de coordinación y acuerdo entre las Administraciones implicadas, hubiera contribuido a clarificar la intrincada situación competencial surgida.

Ni la Administración General del Estado puede imponer, sin más, las redes de comunicación sin tomar en consideración las peculiares características urbanísticas y medioambientales ---al margen de las sanitarias--- de cada municipio, ni, en justa correspondencia competencial, estas Administraciones están legitimadas para establecer limitaciones ---al amparo de competencias autorizatorias, urbanísticas o medioambientales--- a las redes estatales de comunicación. Y ello, porque, unas y otras competencias, van encaminadas a la protección de los intereses generales.

En este marco, la exigencia del informe que nos ocupa ---previsto en el artículo que se considera infringido, 26.2 LGT--- se nos presenta como un instrumento eficaz y necesario para la necesaria coordinación de las Administraciones implicadas. Estamos, una vez más, ante la consecuencia real de nuestro sistema constitucional, autonómico con competencias medioambientales, de una parte, y, por otra, reconocedor de la autonomía local en materias como la urbanística; esto es, ante un reflejo de la invocada *"distribución territorial del poder"* , debiendo recordarse que, ya antes, incluso, de la *STC 61/1997, de 20 de marzo* , la doctrina apelaba a mecanismos de cooperación entre las diversas Administraciones implicadas, y, refiriéndose, en concreto, a las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, se exponía que se estaba ante una situación de competencias compartidas *"que obliga en cualquier caso a ambos órdenes de poderes a adoptar una actitud extremadamente prudente y a intensificar los mecanismos de comunicación, información y colaboración recíprocas"*, añadiéndose que *"la coordinación efectiva de todas las acciones con incidencia en el territorio constituye a partir de ahora el gran reto que todos los poderes públicos deben afrontar, ya que ninguno de ellos aisladamente dispone de todos los resortes de la acción territorial"*. Como veremos enseguida, ha sido el Tribunal Constitucional el que, en situaciones como las que nos ocupan, ha apelado a fórmulas de *"cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución"*.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional (*STC 216/2012, de 14 de noviembre*) señaló que *"[l]os anteriores razonamientos evidencian un problema de colisión entre dos títulos competenciales materialmente distintos. Por un lado, se encuentra la competencia del Estado en materia de "puertos de interés general" prevista en el art. 149.1.20 CE , competencia exclusiva, con el alcance que a la misma se dio en la STC 40/1998, de 19 de febrero . Por otro, se alzan las competencias de desarrollo en materia de medio ambiente que han podido asumir las Comunidades Autónomas mediante los correspondientes Estatutos de Autonomía, a partir de lo previsto en el art. 149.1.23 CE .*

Es ésta una cuestión sobre la que reiteradamente se ha pronunciado este Tribunal, concretándose en la concurrencia en un mismo espacio físico de competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma derivadas de títulos jurídicos distintos (STC 46/2007, de 1 de marzo , FJ 4). Pues bien, como hemos recordado recientemente en nuestra STC 195/2012, de 31 de octubre , FJ 6, la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no puede impedir el ejercicio de otras competencias en el mismo espacio, si bien esta posibilidad de concurrencia de títulos competenciales exige buscar fórmulas que permitan su coexistencia pacífica. En última instancia, y como dejamos dicho en la STC

18/1982, de 4 de mayo (FJ 14), no sólo "el principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas está implícito en el sistema de autonomías", sino que "la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las Autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía" (STC 181/1988, de 13 de octubre , FJ 7).

A partir de ahí, el legislador podrá seleccionar, en cada caso, las técnicas que resulten más adecuadas, teniendo en cuenta, como afirmamos en la STC 40/1998, de 19 de febrero , FJ 30, y hemos reiterado en la STC 46/2007, de 1 de marzo , que "para el caso de que los cauces de cooperación resulten insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir, será preciso determinar cuál es el título prevalente en función del interés general concernido, que determinará la preferente aplicación de una competencia en detrimento de la otra" (FJ 5)".

Y, recordando lo expuesto en la STC 40/1998, de 19 de febrero , señalaba que "han de establecerse fórmulas de cooperación entre las autoridades afectadas, así como buscar el mínimo sacrificio de otras competencias concurrentes", así como que "estos mecanismos deben ser compatibles con el reparto de competencias en la materia". Igualmente hacía referencia a la STC 13/1998, de 22 de enero (FJ 7), defendiendo el ejercicio de competencias por parte de la Administración General del Estado, pero defendiendo, al mismo tiempo "[c]uando la Administración general del Estado ejerce sus competencias sobre el territorio de una Comunidad Autónoma, debe ejercerlas siempre atendiendo los puntos de vista de ésta" (FJ 9), pues en particular la proyección sobre un mismo medio físico de títulos competenciales distintos, estatales y autonómicos "impone la colaboración entre ambas Administraciones".

Esta doctrina avala nuestra decisión, debiendo rechazarse una interpretación, semántica y literal, del contenido y alcance del concepto "instrumentos de planeamiento y de ordenación territorial", así como una concepción que limitada el ámbito de los planes al de un instrumento exclusivo de la delimitación del contenido del derecho de propiedad.

Como dijimos en las citadas SSTs de 9 y 22 de marzo de 2011 , RRCC 3037/2008 , y 1845/2006 , respectivamente) los " instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, señaladas en los informes elaborados en ese trámite por el órgano estatal competente", y atendiendo a "la finalidad y contenido de la norma" para proceder a la interpretación del concepto "instrumentos de planeamiento", y tomando en consideración el denominado "realismo jurídico", dijimos que "lo que importa no es tanto la denominación formal del instrumento jurídico sino su naturaleza, finalidad y contenido real, pues "las cosas son lo que son, y no como se las llame " (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2008, recurso de casación 5748/2005), lo verdaderamente determinante para requerir la emisión de ese informe será que, a través de la iniciativa autonómica o municipal concernida con independencia de su caracterización o presentación formal, se pretenda introducir una ordenación jurídica con repercusión sobre la ordenación territorial y urbanística, que como tal incida directamente en la esfera de intereses que justamente quiere proteger y salvaguardar la atribución competencial a favor del Estado en materia de telecomunicaciones".

Pues bien, el análisis de la concreta Ordenanza impugnada nos conduce a la

exigencia, en el supuesto de autos, del informe estatal de referencia, pues no nos ofrece duda que el contenido de la misma ---en los términos que hemos expuesto--- incide sobre el derecho estatal a la implantación de las redes de comunicación de su competencia, pretendiendo la modulación de la competencia estatal y dificultando su desarrollo y ejercicio; esto es, la Ordenanza, en los extremos reseñados, se adentra en el citado ámbito competencial estatal, y, aunque es cierto que no procede a la clasificación de suelo ---en los términos requeridos por la sentencia de instancia---, lo cierto es que su contenido va más allá del simple establecimiento de los requisitos para la implantación de las diversas instalaciones; y ello, sin la previa audiencia de la Administración competente en la materia.

Es por ello por lo que, en supuestos como el de autos, el trámite de informe previsto en el *artículo 26.2 de la LGT* era exigible, al margen de constituir un instrumento adecuado para la obligada coordinación competencial.

SÉPTIMO.- Casada y anulada la *sentencia de instancia*, hemos de proceder a la estimación del *Recurso contencioso administrativo 800/2012 de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga*, interpuesto por la entidad Vodafone España, S. A. U., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga), adoptado en su sesión de 28 de mayo de 2012, por el que se aprobó definitivamente la Ordenanza municipal reguladora de las condiciones urbanísticas de instalación de equipos de radiocomunicación, que fue publicada en el BOP de Málaga de 31 de agosto de 2012.

Decretada la nulidad de la Ordenanza en su integridad, estamos exentos de responder a la solicitud subsidiaria formulada por la recurrente, concretada en los preceptos de la Ordenanza que se mencionan en los motivos tercero a undécimo del escrito de interposición del recurso.

No obstante ello, debemos reiterar la doctrina establecida por *la Sala en nuestra sentencia 155/2019 de 11 de febrero (RC 326/2016, ECLI:ES:TS:2019:453)* que resume la doctrina de la Sala en relación con las mismas cuestiones aquí suscitadas, debiendo destacarse que el objeto del Recurso contencioso administrativo seguido ante la misma Sala de instancia que la de autos (Málaga) fue la misma Ordenanza municipal, del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria, reguladora de las condiciones urbanísticas de instalación de equipos de radiocomunicación:

"Partiendo de estas consideraciones generales procede seguidamente a precisar las injerencias o inmisiones que considera improcedentes en relación con los distintos preceptos antes señalados.

Pero antes de entrar al examen de las concretas impugnaciones, conviene hacer referencia al alcance de tales consideraciones generales según la jurisprudencia, que se recoge en múltiples sentencias y que es ilustrativo reproducir. Así, la sentencia de 8 de julio de 2013 (rec. 6089/2011) se refiere a la línea jurisprudencial surgida a partir de las SSTS de 22 de Marzo de 2011, 12 de abril y 14 de Julio de 2011, sobre la concurrencia competencial en la materia de las telecomunicaciones y señala que:

"Existe ya una nueva línea jurisprudencial que zanja la cuestión y permite solucionar las controversias surgidas así como marcar hacia futuro la actuación de las Administraciones implicadas. Es doctrina fuertemente consolidada y arraigada en esta Sala y Sección el reconocimiento de que nos encontramos ante títulos competenciales

de distinta naturaleza - sectoriales y transversales- 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. A partir de la sentencia de esta Sala y Sección de 15 de diciembre de 2003, RCa 3127/2001 y la de 4 Mayo de 2006 Rca 417/2004 , hemos ido repitiendo que si bien ciertamente el Estado goza de competencia exclusiva sobre el régimen general de las Telecomunicaciones - artículo 149.1.21ª CE - que se circunscribe a los "aspectos propiamente técnicos" (tales como configuración y diseño técnico y despliegue de la red), la de los Municipios no queda excluida o anulada, puesto que éstos siguen ostentando la competencia para la gestión de sus respectivos intereses derivados del reconocimiento legal de los mismos, y dentro de la habilitación estatal y autonómica que se les otorgue - artículo 4.1. a) y 25.2 LBRL 7/1985, 2 de abril-. Y a pesar de que en algún momento pudiera haber existido alguna vacilación entre sentencias surgidas por esta Sección 4ª al analizar las Ordenanzas municipales para la instalación de estaciones de telefonía móvil y Sentencias de la Sección 5ª que analizaban instrumentos de planeamiento que contuvieran especificaciones o condicionamientos en la materia, no lo fue en esta cuestión relativa al reconocimiento de la competencia municipal para la determinación de los condicionamientos jurídicos a la hora de establecer las instalaciones e infraestructuras de las distintas operadoras de telefonía móvil. Es más, el reconocimiento de la exclusividad estatal en la materia tiene un claro sustento constitucional desde las SSTC 168/1993 , 244/1993 , y también en la 31/2010, de 28 de Junio y por otra parte, el propio artículo 137 CE afirma que los municipios gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Debemos destacar la relevancia de la STC 8/2012, de 18 de febrero que analiza el problema de la concurrencia competencial entre la competencia sectorial estatal en telecomunicaciones y la autonómica en otros títulos transversales, aunque también sean exclusivos, desde el punto de vista de la extensión y alcance de cada una de las regulaciones que convergen en un mismo ámbito físico. Esta sentencia reconoce que la relación entre ambas es complicada y si se producen discrepancias respecto a la delimitación del espacio de cada una de las convergentes a la hora de regular debe procederse a "integrar ambas competencias" acudiendo en primer lugar a "fórmulas de cooperación", a los efectos de maximizar su ejercicio, pudiendo elegirse entre técnicas o herramientas que resulten más adecuadas, como cita " mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en los ámbitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición "mixta ...". Y si ello no permitiera la integración efectiva final, deberá resolverse a favor del titular de la competencia "prevalente" o en definitiva determinante de mayor relevancia sin que ello signifique desconocer las restantes competencias exclusivas que convergen. La delimitación de cada una de las competencias ha de ser, en definitiva, la adecuada al fin, priorizando aquellas actuaciones que permitan espacios de decisión consensuada.

La reciente sentencia del Pleno de esta Sala 3ª TS de 11 de Febrero de 2013, RCa 4490/2007 , partiendo de las antiguas sentencias de 24 de enero de 2000 y 18 de Junio de 2001 , y de la de 19 de abril de 2006 ha fijado definitivamente la cuestión de la regulación por las Ordenanzas Locales de medidas adicionales de protección de la salud pública, como veremos con posterioridad al analizar los artículos de esa naturaleza en la presente Ordenanza, en la instalación de estaciones base de telefonía móvil al recoger y asumir la nueva perspectiva de análisis que había aportado al problema del entrecruzamiento competencial Estado-Autonomías-Corporaciones Locales la sentencia de la Sección 5ª de esta Sala de 22 de Marzo de 2011, RCa 1845/2006 , y que puede determinarse en los siguientes puntos:

- La competencia exclusiva estatal en el sector de las Telecomunicaciones - artículo 149.1.21ª CE - determina un ámbito propio infranqueable de regulación (y ejecución) sobre el ámbito físico, aun cuando puedan condicionarse otros títulos competenciales, incluso también exclusivos de otras Administraciones. Esta competencia exclusiva estatal no puede quedar soslayada o desvirtuada por el ejercicio que se realice por cada una de las Autonomías y, previa habilitación legal, por las Corporaciones Locales, puesto que existe un interés general subyacente en la prestación del servicio de telefonía móvil que ha de preservarse por el Estado.

- Esta competencia exclusiva no supone la regulación íntegra y global del fenómeno, sino que ha de centrarse en los "aspectos propiamente técnicos" o aquellos que los predeterminen. De lo contrario, estaríamos ante una expansión estatal ilegítima de otras competencias autonómicas o locales. Por tanto, tampoco cabe que los Ayuntamientos se extiendan en su regulación a cuestiones técnicas, bajo el pretexto de regular "temas urbanísticos, protección del patrimonio histórico-cultural, medio ambiente y salubridad pública".

Existen fórmulas de resolver esa llamada "colisión" o "convergencia" competencial, como es la búsqueda y aplicación de instrumentos de cooperación, colaboración, coordinación en sus más variadas y posibles posibilidades y, si ello no fuera posible, considerar y ponderar la competencia prevalente para otorgar la primacía en su actuación con desplazamiento de los demás títulos competenciales concurrentes y no coherentes entre sí.

En definitiva, y volviendo al caso, no cabe duda alguna de la capacidad de las Corporaciones Locales de reglamentar en el sector de las telecomunicaciones a los efectos de la instalación y ubicación de infraestructuras y equipos de telefonía móvil, en el ejercicio de sus competencias y en el marco que la previa legislación estatal y autonómica hayan prefijado.

-No poseen margen de regulación (reglamentación mediante Ordenanzas) las Corporaciones Locales para adoptar normas adicionales de protección de la salud pública -ex artículo 25.2 h) Ley 7/1985, 2 de Abril - más estrictas que las fijadas por la normativa estatal básica tanto en relación a los límites de emisión radioeléctrica como en la fijación de distancias mínimas a las correspondientes infraestructuras, al haber ejercitado el Estado -ex artículo 149.1.16ª CE - de forma completa y agotada las medidas de protección sanitaria frente a los niveles tolerables de exposición e estas emisiones.

El RD 1066/2001, de 28 de septiembre (y la Orden de desarrollo CTE/23/2002, de 11 de enero) fija con carácter básico, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1 16ª CE y de los artículos 18 , 19 , 41 y 40 de la Ley General de Sanidad , los límites de exposición a las zonas en las que puedan permanecer habitualmente personas, pero con vocación de uniformidad y generalidad para todo el territorio nacional materializando el principio de precaución contenido en la Recomendación del Consejo de la Unión Europea 1999/519 EC. Por ello, no puede ser superado por una pretendida competencia para la mayor protección sanitaria por parte de los Municipios. El sistema de protección que integra el RD 1006/2001 ya prevé sus propios mecanismos de intercambio de información que, en su caso, pueda llegar a la actualización de los niveles y formas de protección."

Por su parte la sentencia de 24 de febrero de 2015 (rec. 695/2013) se refiere a dicha doctrina jurisprudencial de manera sintética en los siguientes términos:

"1º El Estado tiene competencia exclusiva sobre el régimen general de las Telecomunicaciones - artículo 149.1.21ª CE - lo que se circunscribe a los "aspectos propiamente técnicos". Se está así ante un título competencial sectorial.

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), 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 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 condiciona el ejercicio por los municipios de sus competencias, lo que lleva a que se acuda a la coordinación, consulta, participación, o concertación como fórmulas de integración de estos 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.

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."

(...) Desde este planteamiento general de la jurisprudencia han de enjuiciarse las **concretas impugnaciones** que se refiere la parte recurrente, que las agrupa en atención a las materias homogéneas que regulan, **comenzando por los que inciden en las características técnicas o funcionales de las instalaciones de telefonía móvil**, incluyendo al respecto el **art. 3.1 de la Ordenanza**, en cuanto a la exigencia de uso de mejor tecnología, invocando al efecto la doctrina de la sentencia de 6 de marzo de 2012.

Esta cuestión ha sido ya examinada por esta Sala en otras impugnaciones de semejante contenido, refiriéndose la sentencia antes citada de 24 de febrero de 2015, a la doctrina establecida en las sentencias de 24 de abril de 2012, de 31 de mayo, 7 y 12 de junio de 2013 (recursos de casación 1598/2007, 4398/2011 y 4689/2010 respectivamente), que "sustentan la anulación de la exigencia de la justificación de la mejor tecnología cuando la Ordenanza en cuestión no salva los criterios fijados por el Estado respecto del nivel tecnológico, que es a quien compete establecer un régimen uniforme en esta materia; esa falta de precisión genera incertidumbre, cosa que no ocurriría si la Ordenanza impugnada se funda claramente en la normativa estatal, lo que no es el caso," criterio plenamente aplicable al caso dado el tenor del art. 3.1, según el cual, "las características de los equipos, estaciones base y, en general, cualquiera de las instalaciones previstas en esta ordenanza, deberán responder a la mejor tecnología disponible en cada momento, con el fin de lograr el menor tamaño y complejidad de la instalación y permitir así la máxima reducción del impacto visual, consiguiendo el adecuado mimetismo con el paisaje arquitectónico urbano", por lo que no contiene ninguna remisión a los criterios establecidos por el Estado en el ejercicio de sus competencias. En consecuencia, la impugnación de este precepto ha de estimarse.

Se refiere la parte, **seguidamente**, a la impugnación del **art. 12 de la Ordenanza** en cuanto prohíbe expresamente la instalación de antenas en suelos calificados como Unifamiliar Aislada en el PGOU en la modalidad descrita como exenta, considerando la parte que el precepto excluye de manera generalizada toda tipología de instalaciones en la totalidad de una específica clase de suelo y sin que aparezca conectada a una eventual incompatibilidad con la naturaleza de ese suelo o concreta tipología edificatoria de la zona, considerando que estamos ante una restricción arbitraria y manifiestamente desproporcionada.

La cuestión relativa a 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 ha sido examinada por esta Sala en sentencias como la de 13 de diciembre de 2010 (rec. 833/2005) y 23 de noviembre de 2010 (rec. 437/2007), que se remiten, atendiendo a criterios de coherencia y de unidad de doctrina, a lo ya declarado en la Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (rec. 5583/2007):

"El riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad; por ello, el Gobierno aprobó 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.

Esta disposición general 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 establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de doce de julio de mil novecientos noventa y nueve, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos.

El hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los Ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuiciamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001, bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles - colegios, hospitales, parques y jardines públicos- estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en los que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas.

De ahí, estas normas dentro del marco de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, tienen una finalidad preventiva y pretenden la adaptación de las licencias y mejoras técnicas disponibles, adecuándose como afirma la Administración demandada a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que corresponde a la doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala."

Ahora bien, la recurrente plantea algo más. Y es si dicha prohibición, por su intensidad, impide el derecho de las operadoras del sector a prestar el servicio en el término municipal. Para resolverlo, conviene reiterar la matización ya realizada en sentencia de 18 de junio de 2001, rec. 8603/1994 , en línea retomada más modernamente en las de 17 de noviembre de 2009, rec. 5583/2007 , y de 14 de septiembre de 2010, rec. 5475 / 2005 , en el sentido de que, lo que la ley prohíbe, es articular una restricción absoluta del derecho de los operadores a establecer sus instalaciones en el término municipal.

En concreto, hemos aclarado en sentencia de 4 de mayo de 2010, rec. 4801 / 2006 , al discutir sobre la Ordenanza municipal para la instalación y funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación de Toledo, que "la interdicción de establecer restricciones absolutas al derecho de ocupación del dominio público o privado de los operadores a que alude el art. 29.5, no debe ser interpretada en el sentido de que deba garantizarse, siquiera alternativamente, el derecho de los operadores a la ocupación de cada franja o porción, bien del dominio público, bien del dominio privado, que es la posición a que apunta la argumentación de la recurrente. En tal caso, las competencias municipales que se proyectan sobre el campo de las telecomunicaciones, en especial la urbanística, sanitaria y medioambiental, se verían claramente cercenadas, impidiéndole de facto establecer prohibiciones al establecimiento de instalaciones sobre zonas determinadas.

Hemos de entender, por el contrario, que la prohibición de establecer restricciones absolutas se refiere, bien a la imposibilidad de prestar adecuadamente el servicio en determinada zona o lugar, bien a la posibilidad de prestarlo solo en condiciones de gravosidad desproporcionada en relación con los beneficios que la restricción pueda revertir a los intereses municipales. Y no se ha acreditado en el pleito que tal situación se derive de la aplicación de la Ordenanza de la Ciudad Imperial".

Desde estas consideraciones no puede acogerse la impugnación del art. 12 en razón de las alegaciones que formula y que responden a planteamientos carentes de la necesaria acreditación, pues no se justifica que la limitación establecida en la Ordenanza suponga una restricción absoluta del derecho a la prestación del servicio y ni siquiera que resulte afectada de manera desproporcionada, teniendo en cuenta que la limitación territorial no se refiere genéricamente a una clase de suelo sino a una zona delimitada por sus características como es Unifamiliar Aislada en la modalidad descrita como aislada.

*Continúa la parte con un **tercer grupo de impugnaciones**, en razón del establecimiento de **exigencias adicionales** o requisitos documentales que considera manifiestamente desproporcionados o ajenos al ámbito competencial propio de las Corporaciones Locales, refiriéndose en primer lugar al **art. 32.4**, entendiéndose que va más allá de la exigibilidad de aportación del planeamiento o incluso de la obligación de comunicar los cambios que se produzcan en el mismo, cuando establece la obligación de aportar un plan actualizado cada vez que el Ayuntamiento así lo requiera, exigencia que entiende absolutamente desproporcionada y carente de toda cobertura legal, planteamiento que no puede acogerse, atendiendo a la doctrina de la Sala al respecto, que se recoge, entre otras, en la sentencia de 22 de febrero de 2011 (rec. 4212/2008), cuando señala que "se trata de una cuestión ya resuelta en la doctrina de esta Sala. Puede traerse a colación lo sostenido, entre otras, en sentencia de 4 de mayo, recurso de casación 4801/2006, y de 5 de octubre de 2010, rec. 5973 / 2006, en 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. 2603/2006 - 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."

Se trata de una exigencia relativa a la implantación del servicio, que se justifica por la finalidad de garantizar la protección de los intereses municipales, y en tal sentido resulta igualmente exigible, por las mismas razones y con el mismo objeto, la comunicación de la modificación del Plan al Ayuntamiento y a la inversa, la alteración o modificación de las circunstancias urbanísticas justifican el requerimiento por el Ayuntamiento a la operadora para la presentación de un Plan actualizado, es decir, adecuado a la situación de real de la ordenación municipal. Entendido en tal sentido el art. 32.4, en cuanto no se trata de un requerimiento incondicionado sino de

actualización y, por lo tanto, justificado en una modificación de la situación, el precepto debe entenderse amparado en un ejercicio proporcionado de las competencias municipales.

En un **segundo bloque se cuestionan las exigencias documentales** para la tramitación de la licencia de instalación, en relación con la justificación obligatoria del título de ocupación del suelo con aportación necesaria de originales (**art. 33.2 párrafo segundo**), justificación de uso de la mejor tecnología (**art. 33.2.1.a**), inciso final), aportación de certificado suscrito por Técnico comprometiéndose al mantenimiento y desmantelamiento (**art. 33.2.1.d**), acreditación de tenencia de título habilitante (**art.33.2.4**) y exigencia de aprobación inicial del proyecto por la Administración del Estado competente en telecomunicaciones (**art. 33.2.5**), alegando la inexistencia de una norma legal que habilite al Ayuntamiento para supervisar la suficiencia del título que ampare el uso del suelo, extralimitándose en sus competencias e invadiendo competencias estatales, lo que entiende se produce en los demás preceptos impugnados.

La viabilidad de que en las ordenanzas municipales sobre la materia se establezca la sujeción a licencia de las instalaciones del servicio de telecomunicación ha sido confirmada por la jurisprudencia en sentencias como la de 18 de enero de 2011 (rec. 11220/2004), que se refiere a la posibilidad de que los Ayuntamientos puedan someter la instalación de elementos destinados a servir a las telecomunicaciones en su término municipal, a la exigencia de licencia de actividad, con remisión a las sentencias de 4 de mayo de 2010, rec. 4801/2006 y 17 de noviembre de 2010, rec. 2345/2005 .

Pero la misma Sala ha examinado preceptos de contenido semejante al art. 33.2, párrafo segundo y ha apreciado su ilegalidad, razonando al respecto que: "En primer lugar, concita nuestra atención el artículo 13, primer párrafo, en sus apartados primero y segundo. En ellos se exige la presentación, entre los documentos que son necesarios para la obtención de licencia de actividad, de la "copia del acuerdo adoptado por la comunidad de propietarios del inmueble, en cuanto éste sea el caso, acreditativo del cumplimiento de la normativa aplicable en materia de propiedad horizontal" (apartado primero) y de la "copia del contrato o precontrato establecido entre compañía operadora y propietario del inmueble" (apartado segundo.)

La respuesta que hemos de dar a dicha cuestión, ha de ser similar a la que, en sentencias de 6 de abril de 2010, rec. 4450/2007 , y de 4 de mayo de 2010, rec. 4801/2006 , hemos aplicado a la exigencia, entre otras Ordenanzas municipales con objeto regulador similar, de acreditar con vistas a la obtención de licencia municipal, la conformidad del titular del terreno o finca sobre la que se ubicará la instalación.

En cuanto a aquella previsión, manifestábamos que cercenaba el derecho de los operadores a la ocupación de la propiedad privada. Sobre este asunto, el art. 46, en relación con el art. 43, de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones , y, actualmente, el art. 27 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones , prevén las condiciones en que los operadores titulares de redes públicas de telecomunicaciones pueden exigir que se les permita la ocupación de la propiedad privada, cuando ello resulte necesario para la instalación de la red, contemplando al efecto dos instrumentos jurídicamente hábiles para la ocupación, la expropiación forzosa y la declaración de servidumbre forzosa de paso de la infraestructura de redes públicas de telecomunicaciones. Teniendo en

cuenta tales previsiones legales, exigir a los operadores contar con la conformidad o aquiescencia del titular del terreno, supone tanto como contradecir el carácter imperativo con que -sin perjuicio del adecuado resarcimiento mediante el instituto de la expropiación forzosa- se impone la ocupación al mismo de conformidad con la legislación estatal.

Un juicio semejante debe merecernos las cláusulas contenidas en los apartados 1 y 2 del primer párrafo del art. 13 de la Ordenanza Municipal sobre Antenas de Telefonía, Radio y Televisión de Burjassot, con respecto a la obtención previa de acuerdo de la comunidad de propietarios o de un contrato con el propietario del inmueble. Suponen la introducción de obstáculos al derecho de las operadoras a la ocupación del dominio privado con vistas a la prestación del servicio, y en aplicación de la doctrina de anterior cita, deben ser igualmente anuladas."

La aplicación de dicho criterio lleva a anular el referido art. 33.2.pfo 2º de la Ordenanza impugnada. Y otro tanto sucede con el art. 33.2.1.a), inciso final, pues como ocurre con el art. 3.1 ya examinado, se refiere a la utilización de la mejor tecnología disponible, sin salvar los criterios fijados por el Estado respecto del nivel tecnológico, que es a quien compete establecer un régimen uniforme en esta materia.

Distinta ha de ser la respuesta a las demás impugnaciones, así en lo que atañe al art. 33.2.1.d), no habiéndose impugnado el art. 34 de la Ordenanza, que regula la retirada de instalaciones o de alguno de sus elementos, ha de entenderse justificada la previsión del precepto en cuanto al mantenimiento de la instalación en condiciones de seguridad y desmantelamiento cuando proceda, que afecta al ámbito de competencias y su control municipal. Y en el mismo sentido, no pueden considerarse ajenas al ámbito de competencia municipal el control relativo al hecho material de que se lleve a cabo por quien dispone del título habilitante para ello y según las exigencias o proyecto aprobado por quien tiene competencia al respecto, por lo que tampoco puede prosperar la impugnación de los arts.33.2.4 y 33.2.5.

*Finalmente y en **tercer lugar** se impugnan los arts. **33.6 y 33.7** , en relación con lo que la Ordenanza denomina "licencia de utilización", alegando que según la jurisprudencia el ejercicio de competencias municipales de control de actividades clasificadas, requiere la existencia de una normativa concreta que la considere calificada y establezca un régimen concreto de intervención ambiental, sin que sea lícito que el Ayuntamiento establezca estos mecanismos de control "per se", con invocación de la sentencia de 31 de mayo de 2013 (rec. 1598/2007).*

Lo primero que se advierte en esta impugnación es la discordancia entre la licencia que se regula en los indicados preceptos, licencia de utilización o de funcionamiento, y la licencia de actividad a que se refiere la parte y la jurisprudencia que invoca en apoyo de sus pretensiones, lo que determina por sí solo la desestimación de la impugnación por falta de fundamento. A ello ha de añadirse que, como indica la sentencia de 18 de noviembre de 2011 (rec. 11220/2004), con referencia a la de 10 de enero de 2007 (rec. 4051/2004), "es necesario diferenciar entre la potestad normativa del Municipio en materia de telecomunicaciones, y las potestades de policía, que conservaban los Ayuntamientos, de modo tal que podían ejercer un control sobre la actividad, aunque se encontrara regulada en el ámbito estatal o autonómico, para preservar a los ciudadanos cuando las instalaciones o su funcionamiento fueran peligrosas o amenazaran serlo para la seguridad o la salubridad públicas. Y la abordamos directamente en la sentencia de 3 de abril de 2007, rec. 5193/2004 , en relación con una norma autonómica sobre

instalaciones de radiocomunicación en que se atribúan a los Municipios "las funciones de control e inspección sobre las condiciones de emplazamiento, incluidas las obras y funcionamiento de las instalaciones reguladas en el presente Decreto". En aquel caso, dimos por válida la atribución de semejante competencia, pues "El control e inspección de las instalaciones amparadas en dichas licencias tendrá por objeto, lógicamente, verificar si se siguen manteniendo las condiciones bajo las cuales aquéllas (licencias) fueron otorgadas".

En el mismo sentido, no le falta razón al Ayuntamiento recurrido cuando señala que tales preceptos se refieren al control municipal de la utilización de la instalación conforme a la licencia de obras concedida, cuya competencia tiene atribuida el municipio conforme a lo previsto en el Reglamento de Disciplina Urbanística aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo.

En consecuencia, esta impugnación también debe desestimarse.

*Finalmente, en un **cuarto grupo**, relativo a los preceptos que condicionan o afectan la eficacia temporal de las licencias, impugna el **art. 31.3** de la Ordenanza en cuanto supedita las licencias municipales a aprobación definitiva por parte del Ministerio y a medición cada tres años, en relación con la Disposición Transitoria Tercera, inciso final y la Disposición Transitoria Cuarta en su frase final.*

A este tipo de previsiones se refiere la sentencia de 17 de noviembre de 2010 (rec. 4824/2006), si bien en relación con la calificación de las referidas licencias como de carácter precario, señalando que: "a título de acercamiento a la cuestión planteada, hay que recordar que, en relación con el requisito de temporalidad de las licencias y la imposición de su deber de revisión, hemos afirmado genéricamente que "no consideramos desproporcionadas tales medidas en cuanto los Ayuntamientos puedan imponer condiciones a la actividad de los operadores, siempre que aquellas limitaciones no supongan una restricción absoluta del derecho de aquellos" (sentencia de 17 de noviembre de 2009, rec. 5583/2007).

Y que con mayor concreción hemos abordado el asunto en nuestra sentencia de 16 de julio de 2008, rec. 7790/2004. Y lo hicimos remitiéndonos expresamente a los argumentos de la Sala de instancia, que quedaron así incorporados a la doctrina de nuestro tribunal, acogiendo la posibilidad de que la normativa sectorial establezca la temporalidad de las licencias, si bien que sometiendo a la Administración otorgante a un fuerte condicionamiento en lo que se refiere a su renovación. Adoptamos en aquel momento la siguiente postura:

"Es cierto que el artículo 15.1 del RSCL establece que las licencias relativas a instalación tienen vigencia mientras subsista ésta; pero también lo es que la normativa sectorial puede limitar el plazo de ciertas licencias. Y, en el presente caso, la temporalidad que contempla el precepto de la ordenanza no es incompatible con el régimen de la clase de licencia de que se trata, que permite determinaciones accesorias, como es la que constituye el señalamiento de un determinado plazo de vigencia, siempre que estén previstas en la correspondiente disposición general, y resulten adecuadas al cumplimiento de la finalidad a que responde el acto de intervención administrativa. En la previsión normativa examinada tal adecuación resulta evidente por la necesidad de que las instalaciones de antenas existentes sean compatibles con la normativa urbanística y conservación del patrimonio artístico. En el bien entendido que la renovación de tales licencias, a que se refiere el propio precepto de la Ordenanza, está sujeta a los mismos condicionamientos reglados que los que

preside su inicial otorgamiento. En modo alguno la renovación es discrecional, ni puede ser denegada en fraude del derecho preferente que tiene el operador instalado mientras las antenas instaladas cumplan con las exigencias y requisitos a que se supedita el otorgamiento de la correspondiente licencia".

Nada hay, si atendemos al contenido material del discutido art. 14 de la Ordenanza, que nos haga ver que la finalidad de la Ordenanza que ahora nos ocupa sea distinta o que se ponga en entredicho el carácter reglado de la renovación, pues, en realidad, tal renovación aparece vinculada expresamente por el precepto en entredicho a la acreditación del cumplimiento de los niveles de emisión y a la adaptación de las instalaciones a la normativa vigente en el momento de la renovación. Pero, precisamente por ello, ha de corregirse la antinomia que supone calificarlas como licencias en precario, expresión que más bien apela a su posibilidad de libre revocación por la Administración, habiendo producido la lógica confusión en la recurrente de instancia, como es de aventurar pueda producir -en detrimento de la seguridad jurídica- al resto de operadoras que hayan de interpretar la Ordenanza.

Razón por la que, estimando en este punto el recurso contencioso-administrativo planteado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, anulamos la expresión "tendrán carácter precario" incorporada al art. 14, en su inciso inicial. Postura la nuestra que está en línea con la precedentemente seguida en la sentencia de 15 de junio de 2010, rec 3220/2007 , y responde por tanto al propósito de homogeneidad doctrinal."

Criterio que se entiende aplicable al caso, en el que los preceptos impugnados vienen a sujetar la permanencia de la licencia -además de la lógica aprobación definitiva del Ministerio, dado que para su otorgamiento solo se precisa la aprobación inicial del proyecto- al resultado de las mediciones realizadas en un plazo razonable, que no se justifica contrario a la naturaleza de estas licencias ni a la normativa estatal que regula el ejercicio de la actividad, de manera que las previsiones de tales preceptos se entienden amparados en el ámbito de las competencias municipales de control, para que las licencias se ejerciten y desarrollen en las condiciones que fueron otorgadas".

OCTAVO.- La declaración de haber lugar al recurso de casación interpuesto conlleva que no formulemos expresa condena al pago de las costas causadas en el mismo, de conformidad con lo establecido en el *artículo 139.2 de la LRJCA* , sin que, por otra parte, existan méritos para imponer las de la instancia a cualquiera de las partes, conforme a lo dispuesto en los *artículos 68.2 , 95.3 y 139.1 de la misma Ley* .

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los *artículos 86 a 95 y 107.2 de la misma LRJCA* .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **1º.-** Que debemos declarar y declaramos haber lugar al Recurso de Casación 109/2017 interpuesto por la entidad Vodafone España, S. A. U. contra la *sentencia 757/2016, de 4 de abril, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Málaga), en Recurso contencioso-administrativo 800/2012* , seguido contra el Acuerdo del Pleno del

Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga), adoptado en su sesión de 28 de mayo de 2012, por el que se aprobó definitivamente la Ordenanza municipal reguladora de las condiciones urbanísticas de instalación de equipos de radiocomunicación, que fue publicada en el BOP de Málaga de 31 de agosto de 2012.

2º.- Que debemos anular, y anulamos y casamos, la citada sentencia.

3º.- Que debemos estimar y estimamos el Recurso contencioso-administrativo 800/2012 formulado por la entidad Vodafone España, S. A. U. contra el Acuerdo y Ordenanza expresados.

4º.- Que declaramos dichos Acuerdo y Ordenanza contrarios al Ordenamiento jurídico, y, en consecuencia, los anulamos.

5º. Que no hacemos expresa imposición de las costas causadas en la instancia y en casación.

6º. Publíquese el fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga, a los efectos previstos en el *artículo 72.2 de la LRJCA* .

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jose Manuel Sieira Miguez D. Rafael Fernandez Valverde D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a. Ines Huerta Garicano D. Cesar Tolosa Tribiño D. Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Rafael Fernandez Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.