

# **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (\*)**

## **IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**

Telefonía móvil. Ordenanza municipal reguladora de la misma. Distribución competencial al respecto. Límites de la competencia municipal. Principio de liberalización de las comunidades e intervención municipal.

La actora interpone recurso contencioso, administrativo contra la Ordenanza Municipal Reguladora de las Condiciones de la Instalación de Elementos, Equipos y sistemas de Telecomunicación que utilizan el Espectro Radioelectrónico o Lumínico como soporte de Transmisión siendo su Medio de propagación el Aéreo en el Término Municipal de Conil de la Frontera, publicada en el BOP de Cádiz nº 241 de 17 de octubre de 2001.

Dado los términos en que se plantea el debate, conviene advertir que la Sala tras entrar sobre los límites competenciales generales, como no puede ser de otra manera, y dado, ya lo adelantamos, que con carácter general le resulta lícito y legítimo al Ayuntamiento el dictado de una disposición como lo que nos ocupa, debe limitarse a examinar las cuestiones planteadas respecto de los concretos artículos cuestionados por la parte actora, en concreto se impugnan los arts. 4 a 9, 10, 14, 16, 19 a 22 y disposiciones Transitorias 1ª y 2ª.

No discutiéndose las competencias municipales en materias tales como urbanismo, medio ambiente y protección de la salubridad pública, el problema, pues, es un problema de límites.

La competencia municipal le viene otorgada al Ayuntamiento por la cláusula de autonomía que recogen los arts. 137 y 140 de la CE, a la que debe de añadirse las competencias legales que le atribuye la Ley de Bases de Régimen Local, art. 2.1. para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas reguladoras de los distintos sectores de la acción pública, deberá asegurar a los Municipios su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate. en desarrollo de estas competencias las Corporaciones Locales pueden ejercerlas con sujeción al ordenamiento jurídico y desarrollarlas reglamentariamente, con el límite de no contradecir la legis-

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSÉRN

lación de rango superior, sin que pueda obviarse que se trata de una competencia no original, sino derivada; el art. 25 del texto antes citado, expresamente establece que en todo caso ejercerá competencias en la materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, esto es se le otorga legalmente expresa competencia en urbanismo; también le compete, mismo artículo, la protección del medio ambiente; también protección de la salubridad pública, como se recoge en el artículo citado en relación con el art. 42 de la Ley 14/86, de 25 de abril. General de Sanidad, en concreto, y sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas, tiene encomendadas las responsabilidades mínimas en relación con el cumplimiento de las normas y planes sanitarios, correspondiéndole el control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones y control sanitario de edificios y lugares de viviendas y convivencia humana. Desde del punto de vista formal, la Ordenanza encuentra su apoyo en lo estatuido en el art. 4 de la Ley 7/85 y Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Resulta pues, incuestionable la potestad reglamentaria de las Corporaciones Locales, cuyo contenido material viene delimitado por los intereses propios del municipio cuya salvaguarda tiene legalmente atribuida. A nuestro entender, es una obviedad que no necesita especial justificación, toda instalación o el establecimiento de cualquier infraestructura, con mayor o menor intensidad, conlleva un impacto en la ciudad, que en múltiples perspectivas atañe e inciden en intereses netamente municipales; por lo que resulta acorde con el orden delimitado que el municipio sea quien controle y regule el uso de su propio suelo o subsuelo y vele por los intereses municipales que se vean comprometidos. Lo que conlleva que sin perjuicios de los derechos y facultades que legalmente corresponda a los titulares de licencias individuales para el establecimiento de redes públicas sobre la ocupación del dominio público y, también, del dominio privado, que los municipios puedan establecer las disposiciones necesarias para el correcto régimen de autorización, utilización y gestión del mismo; lo que desde el punto de vista de la competencia y de los intereses concurrentes, parece fuera de toda discusión, así lo reconoce explícitamente el art. 45 de la LGTel, “las autorizaciones de uso deberán otorgarse conforme a lo dispuesto en la legislación de régimen local, imponiendo la obligación de las canalizaciones subterráneas, cuando así se establezca en la legislación de régimen local”.

En definitiva, corresponde a la Corporación Municipal el establecimiento del marco jurídico regulador del uso del suelo, subsuelo y vuelo del dominio municipal, en relación con la construcción de la infraestructura de telecomunicaciones y su uso urbanístico, para el ejercicio del control público que legalmente tiene encomendado.

Conforme dispone el art. 149.1.21 de la CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre telecomunicaciones. Competencia de carácter sustantivo que necesariamente ha de cohonestarse y armonizarse con materias sobre las que no tenga competencia el Estado, por pertenecer a otros entes, autonó-

micos y municipales. Lo cual conlleva, que los entes competentes en la regulación de la materia propia de su ámbito competencial en cuanto afecte a la materia de telecomunicaciones, deban de ajustarse a determinados límites para evitar que indirectamente mediante la regulación de aquellas materias se produzca el vaciamiento de la competencia estatal sobre telecomunicaciones, lo que deberá de considerarse prohibido por incidir sustancialmente en la competencia sectorial y servir de límite. En tal sentido se ha pronunciado la STC 149/98, de 2 de julio, que otorga la prevalencia de las decisiones estatales sectoriales en materia de su exclusiva competencia, cuando entren en conflicto con las determinaciones contenidas con los instrumentos de ordenación territorial, señalando que “aunque la Constitución no atribuye al Estado la competencia para llevar a cabo la planificación de los usos de suelo y el equilibrio interterritorial, sin embargo, como queda dicho, el Estado, desde sus competencias sectoriales con incidencia territorial, puede condicionar el ejercicio de la competencia autonómica de ordenación del territorio, con la consecuencia de que, en el supuesto de que exista contradicción entre la planificación territorial autonómica y las decisiones adoptadas por el Estado en el ejercicio de sus competencias, y ensayados sin éxito los mecanismos de coordinación y cooperación legalmente establecidos, la Comunidad Autónoma deberá incorporar necesariamente en sus instrumentos de ordenación territorial las rectificaciones imprescindibles al efecto de aceptar las referidas decisiones estatales”.

Pero además la delimitación competencial que abordamos, no sólo contiene los aspectos negativos señalados en cuanto restricciones, limitaciones o prohibiciones, sino que en general a los entes públicos, y en particular a las entidades locales, les obliga el principio que rige en las telecomunicaciones de la liberalización completa de servicios y redes de telecomunicaciones, lo que conlleva que el ejercicio de competencias deba de orientarse hacia dicha declaración, en tal sentido la Directiva 96/91 CE, sobre instauración de plena competencia en el mercado de telecomunicaciones, que establece como principio básico el que la competencia en servicios exige la competencia en redes, y en su art. 2.2 se impone a los poderes públicos la obligación de garantizar la posibilidad de los operadores de construir sus propias redes o utilizar libremente las de terceras personas, sin más restricción en la construcción de nuevas redes que la protección del medio ambiente y el cumplimiento de los objetivos de ordenación urbana y rural.

Las telecomunicaciones constituyen un servicio de interés general que necesariamente se ha de prestar, una vez superada la etapa monopolística, en régimen de competencia. Lo cual exige, y dicha exigencia igualmente alcanza a las Corporaciones Locales, que para que exista real y seria competencia, se cree y facilite las condiciones jurídicas y materiales que la hagan posible, y en lo que ahora interesa, debe de preservarse la igualdad, no discriminación y neutralidad de los poderes públicos cuyo ámbito competencial incida o pueda incidir en la prestación del servicio. En tal sentido el propio art. 44.2 de la LGTel, exige que “las condiciones y requisitos que se es-

tablezcan por las Administraciones titulares del dominio público, para la ocupación del mismo por los operadores de redes públicas, deberán ser, en todo caso, transparentes y no discriminatorios”. Resulta legalmente exigible, pues, que los entes competentes en la regulación de las materias de su competencia relacionadas con las telecomunicaciones, favorezcan y hagan posible, en la medida de sus capacidades, este principio.

Así, la normativa referida, en la que se integra la Ordenanza que nos ocupa, debe de respetarse que las condiciones han de ser iguales para todos los operadores, no discriminatorias, y,, además, transparentes. Lo que exige que en la regulación de requisitos, condiciones y limitaciones impuesta a los operadores en la instalación de la infraestructura o en el uso de la misma, que a la postre se traduce en el ejercicio y prestación del servicio de interés general que nos ocupa, se ofrezcan la razón de los mismos, su motivación, con el fin de comprobar y justificar que la actuación llevada a cabo por el poder público competente, en cuanto limitadora o restrictiva, responde a criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido, teniendo presente la finalidad a la que aspira la Administración, esto es se da entrada el principio de proporcionalidad, con valor constitucional al vincularse sin dificultad a los principios que consagra el Estado de Derecho y proclaman la Justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.

Respetándose el marco jurídico descrito se posibilita la prestación del servicio de interés público con carácter universal, capaz de llegar a todos los ciudadanos, aún en los casos que la prestación pueda llegar a ser antieconómica, prestación del servicio que se debe de realizar bajo los principios de libre mercado y libre competencia, supeditada la total liberalización al respeto y cumplimiento de las exigencias esenciales, como son, entre otros, los objetivos de ordenación urbana y rural. Objetivos de ordenación urbana y rural que no sólo se concentra en la normativa general, sino a los que queden fijados en el instrumento adecuado de la ordenación urbanística, de contenido amplísimo y siempre legítimos cuando responda racional y objetivamente a intereses públicos. Cumplida aquella finalidad, asegurado el servicio en dichas condiciones, las competencias municipales pueden y deben de desarrollarse en plenitud y sin otra limitación más que las que rigen el concreto campo de la materia, siendo instrumento adecuado al efecto las Ordenanzas municipales mediante el establecimiento de las determinaciones que se considere adecuadas.

Dicho lo anterior, delimitado el marco competencial, su alcance y límites de su desarrollo, nos resta por examinar los concretos artículos cuestionados expresamente por la parte actora.

Comencemos por el orden propuesto por la actora.

Impugna los arts. 4 a 9 de la Ordenanza. Ya hemos delimitado anteriormente el ámbito competencial. Pues bien respecto de los citados artículos, con la excepción de los arts. 8 y 9, que más tarde se analizarán, la actora se limita a realizar una impugnación de carácter general, bajo el argumento de que el Ayuntamiento carece de competencia para regular la materia conte-

nida en la misma. Como decimos la impugnación se hace con carácter general y se omite referencia concreta a cada uno de los artículos.

Dichos artículos se integran dentro del Título II sobre Instalaciones Pertenecientes a Redes de Telecomunicaciones de Propagación aérea -que por cierto, como una elemental sistemática parece demandar, no comienza con un Capítulo I, sino directamente por el III-. El art. 4 trata sobre los sistemas de recepción de programas de servicios públicos y/o comerciales de radio-difusión sonora y televisión. Su número 1 se limita a indicar que dicho tipo de instalaciones se regulan en el Real Decreto Ley de 27 de febrero; ciertamente, la referencia que se hace no es desde luego afortunada, puesto que no se especifica a que Real Decreto Ley se concreta, puesto que la simple mención a un día y un mes, sin más especificaciones, nada dice; ocurre sin embargo, que la citada omisión más parece un simple error material, que puede, y deberá ser corregido, mediante la necesaria corrección de las distintas erratas que sorprendentemente abundan en la Ordenanza, pero que no tiene entidad suficiente para una declaración de nulidad, pues como se indica se limita a una simple remisión a una norma.

El número 2, establece una norma de limitación de colocación de las citadas instalaciones en determinados lugares, “aberturas, ventanas, balcones, fachadas, y parámetros perimetrales de los edificios”, si bien en algunos casos cabe la autorización, “de acuerdo con las Ordenanzas Urbanísticas y/o de edificación”. Resulta evidente que la materia es propia de aquellas sobre las que ejerce su competencia el ente municipal, puesto que se está claramente refiriendo y pretendiendo salvaguardar la imagen de su ciudad. En igual sentido el número 3 que prohíbe la instalación en los espacios, libre de edificaciones tanto de uso público, como privado, con una finalidad idéntica, preservar la imagen.

El número 4, partiendo de la autorización en la cubierta de los edificios, se limita a cuidar, igualmente, la buena imagen de la ciudad, y compatibilizando con la función que cumple se establece que su ubicación se oculte de la vista desde las vías y espacios públicos.

Se limita el número 5 a evitar el impacto visual de determinados tipos de antena en edificios o conjuntos catalogados o edificios situados en vías principales, para lo que se prevé que el proyecto contenga la mejor propuesta de solución con su justificación y el informe de los servicios técnicos municipales y la autorización de la Comisión Municipal de Gobierno. Lo que en modo alguno excede el margen competencial que tiene atribuido, al referirse a materia de claro contenido urbanístico, insistimos, la imagen de la ciudad y el impacto visual de un tipo de infraestructura, siendo de todo punto legítimo que al efecto se establezca los controles procedimentales que considere adecuados, como son en este caso la exigencia de un proyecto, los informes técnicos y la autorización del órgano señalado.

El número 6 regula la posibilidad, con excepciones, de la compartición de antena. El art. 47 de la LGTel y la regulación que se hace en la Ordenanza, se mueven en planos diferentes, afectan a materias distintas, y por ende pu-

diendo corresponder la facultad de autorizar la compartición al Estado en el ámbito competencial que le es propio y exclusivo, sector de las telecomunicaciones, ello no es incompatible para que se ejerzan por el municipio las competencias que le son propias dentro del ámbito distinto como el urbanístico y medioambiental. Así las facultades otorgadas en el art. 47 de la LGTel al órgano competente de las telecomunicaciones, se incardinan en la esfera propia de las telecomunicaciones, a la luz del art. 11 de la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997, la compartición o colocación de instalaciones, art. 48 del R.D. 1736/98, de 31 de julio, y no sólo de los bienes de titularidad pública o privada, aparte de ser un derecho reconocido a cualquier operador, puede venir impuesto por motivos de exigencias esenciales, entre las que se encuentra la ordenación urbana y rural, intereses públicos de utilización racional del territorio que deben imponerse a los privados de los operadores, en cuyo caso el ente competente para imponerlas no es otro que aquel que tiene atribuidas las competencias de urbanismo, en función de sus preferencias. A nuestro entender, cuando se observa de lo que llevamos dicho que el art. 4 se incardina diáfamanamente dentro de las competencias urbanísticas y medioambientales, este número 6 también tiene una finalidad de proteger la imagen, de evitar y minimizar el impacto visual de las instalaciones delimitadas. El Ayuntamiento ejerce sus propias competencias y regula la materia de la compartición desde un estricto ámbito urbanístico y medioambiental.

El número 7, en la línea con los números anteriores, no afecta para nada a la actividad en sí de las telecomunicaciones. Así establece, desde un punto estrictamente estético cómo deben tenderse las redes de distribución y los materiales a emplear. Al igual que en el número 8, que en este caso respecto de las antenas, establece determinaciones de tipo estético.

El art. 5, sólo respecto de antenas de emisión de programas de servicios públicos y/o comerciales de radio y televisión, señala que únicamente podrán instalarse en los complejos previstos al efecto o que se prevén en el futuro. Estas instalaciones, como infraestructuras que son y en tanto han de ubicarse sobre la ciudad, inciden directamente en los intereses municipales, de ahí su interés en que deban colocarse en los lugares o complejos previstos al efecto, limitándose la norma a remitir dicha previsión, la de la ubicación de los complejos, aunque no lo diga expresamente, por innecesario, a la normativa mediante la que debe diseñarse y ordenarse la ubicación de infraestructura, y que por naturaleza sólo pueden ser los instrumentos de planeamientos adecuados. La norma, por tanto, ni afecta al ámbito competencial del sector de las telecomunicaciones y si adolece de cierta imprecisión, creemos que esta es más ficticia que real, puesto que corresponde a los instrumentos urbanísticos determinar la ubicación de las infraestructuras en el municipio, por lo que habrá de estarse a lo que los Planes y sus normas determinen a dicho fin.

Los artículos 6 y 7, que se refieren respectivamente en exclusividad a los sistemas de radioaficionados y a los radioenlaces y comunicaciones privadas;

igualmente inciden y giran en torno, en exclusividad, a aspectos estético y de imagen de la ciudad para minimizar el impacto visual de las referidas instalaciones, se establecen determinaciones vinculadas y relacionadas con dicha materia y que se deben de observar sin más finalidad que el de cuidar un bien de claro interés municipal, cual es el mantener a la ciudad dentro de unos parámetros estéticos y medioambientales que se consideren adecuados.

Se impugna, también los artículos 8 y 9, que a diferencia de los hasta ahora tratados, son objeto de atención específica en la demanda. Así se afirma que el art. 8 exige para la instalación de telefonía móvil (antenas, estaciones bases, sus elementos auxiliares de conexión y otros elementos técnicos), enlace vía radio y otros servicios radioeléctricos de telecomunicaciones de propagación aérea, un Plan Técnico de desarrollo del conjunto de toda la red dentro del término municipal, y el art. 9 especifica el contenido y procedimiento del citado Plan Técnico. A su entender con dicha regulación se invaden competencias estatales, art. 149.1.21, en relación con los arts. 61 y 66 de la LGTel y Orden de 9 de marzo de 2000, de los que se deriva que dicho Plan Técnico ha de presentarse ante el Ministerio de Fomento o Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; destacando que la Ordenanza bajo la apariencia de regular el uso del suelo, incide en cuestiones que afectan a la materia de las telecomunicaciones; incluso establece exigencias, como determinar a priori el número de estaciones bases y antenas, su tipología e implantación de equipos, de imposible cumplimiento, ante la vertiginosa evolución de la tecnología y por el desconocimiento del número de usuarios y grado de utilización, por lo que un Plan Técnico con las características exigidas sólo podría referirse al momento actual, pero si fuera necesario acometer nuevas instalaciones por necesidades de cobertura o su modificación por los cambios tecnológicos, sería necesario volver a presentar un nuevo programa que por las mismas razones quedaría desfasado. Por tanto, sólo cabría exigir una autorización individual en cada momento de las instalaciones y antenas y no el Plan Técnico.

Procede centrarnos en estos primeros argumentos generales contra los citados artículos, sin perjuicio de descender a cuestiones particulares que sobre los citados artículos se desarrolla también en la demanda. El artículo 8 se limita a prever la exigencia de un Plan Técnico y el art. 9 el procedimiento, si bien este artículo establece, al hilo de concretar los requisitos que debe de reunir la documentación adjuntada, a regular determinaciones técnicas sobre las que no es competente el ente local, y sobre, como se ha advertido se tratarán más adelante.

Si bien las infraestructuras de telecomunicaciones, no son más que una especie dentro del género de infraestructura, una de sus características es que el conjunto de las instalaciones conforman una red, en este sentido está presente la idea de organización de contenido físico y material. La red se concibe no en atención de dotar de determinado equipamiento a una concreta zona, sino integralmente, globalmente, con una finalidad propia y sus-

tantiva, capaz de prestar un servicio de interés público. Aspecto este que adquiere gran importancia en el nuevo urbanismo, puesto que la idea base es la de organización, que como tal no se comprende ni concibe aisladamente por los elementos que la componen sino en su conjunto, por lo que puede adquirir gran relevancia las determinaciones que individualmente pueda afectar a uno de los elementos de la red, en tanto que según el peso e importancia del mismo en la organización o red, pudiera resultar afectada la mima de forma sustancial.

Las instalaciones que se pretendan ubicar en el municipio de Conil de la Frontera obviamente conforman parte del entramado de instalaciones que conforman la red, puede que sólo preste servicio al municipio de Conil de la Frontera, o por el contrario, lo que será más común y lógico dentro de las características de la población, es que las instalaciones constituyan parte del entramado de infraestructura que presten apoyo técnico a necesidades que exceden de las propias del municipio en el que se ubica. en definitiva, sea como sea, lo cierto es que las instalaciones van a formar parte de una red, que se entiende y se concibe en su conjunto, no aisladamente por cada elemento que la compone.

Ya con anterioridad hemos delimitado la competencia municipal, y como esta se extiende al conjunto de sus intereses, los que de forma real y efectiva se ven afectados por la instalación de infraestructura de su territorio, por lo que resulta absolutamente legítimo que el municipio, como ya se indicó, controle y regule el uso de su propio suelo y subsuelo y vele por los intereses municipales que se vean comprometidos. Si las instalaciones que se ubiquen en su término municipal, conforman parte de una red, para el correcto ejercicio de las potestades legalmente encomendadas y para el establecimiento del correcto régimen de autorización, utilización y gestión del marco jurídico regulador del uso del suelo, subsuelo y vuelo del dominio municipal, en relación con la construcción de la infraestructura y uso urbanístico, en definitiva para el ejercicio del control público que legalmente tiene atribuido, necesite conocer de forma acabada el conjunto de la red y las funciones y lugar que ocupa la instalación que se va a ubicar en su término municipal, lo cual sólo es posible conseguir teniendo la información que se pretende obtener a través del Plan Técnico cuestionado. No podemos comparar con la actora la afirmación de que el contenido del Plan Técnico, con la finalidad que se descubre de la exigencia que se comprende en el artículo, con las excepciones que más tarde comentaremos, se refiera al uso del espacio público radioeléctrico o a materia de telecomunicaciones, por contra el contenido exigido en el art. 9 de la Ordenanza se incardina teleológicamente para el análisis y, en su caso, autorización a los solos efectos de la licencia de actividad y de obras, de ser necesarias en directa exigencia de una información que resulta necesaria y adecuada para que el Ayuntamiento pueda desarrollar las competencias, en concreto urbanísticas y medio ambientales, que legalmente se le encomienda. Sin que, desde luego, pueda aceptarse la discriminación alegada respecto de la no exigencia del Plan



Técnico para otros operadores de telecomunicación, radiodifusión y televisión, por un lado porque dicha exigencia es la misma para todos los operadores de telefonía móvil, y por otro porque las características peculiares de las instalaciones e infraestructura para telefonía móvil conlleva que el distinto trato responda a motivos objetivos y racionales que justifican la distinción.

Ahora bien, como se ha indicado, a criterio de esta Sala, el citado artículo 9 al paio de una información que se nos antoja necesario su conocimiento a los fines delimitado, entra a regular exigencias técnicas que los equipos y requisitos que exceden de su ámbito competencial.

No es labor de la Sala analizar de oficio todas y cada una de las exigencias previstas, sino que el examen debe venir delimitado en consonancia con las concretas denuncias que realiza la parte actora. En cuanto a la falta de sistemática de la Ordenanza, ya lo hemos avanzado, son evidentes y sorprendentes en una disposición de carácter general, que ciertamente perturba su buen entendimiento y crea cierta confusión, así se pasa del apartado 2 al 10 o se hace referencia a una norma inexistente; pero como se ha indicado son defectos fácilmente detectables y salvables que responde a meros errores materiales que habrán de corregirse oportunamente, pero que carecen de virtualidad a efecto de la anulación pretendida.

Alega la actora desproporción, arbitrariedad y discriminación. Respecto del emplazamiento y limitaciones, sólo se permite en suelo no urbanizable y deberá de ser expresamente autorizado por el Ayuntamiento, excepcionalmente en suelo urbano o urbanizable -sin más concreción, y se establece, además, que se instalarán al menos a 200 mts. de una vivienda y de 300 mts. de un centro educativo, sanitario, geriátrico o análogo, pudiéndose revisar la distancia, según tecnología y circunstancias excepcionales. También se recoge un límite de densidad de potencia, 0,1 mw/cm<sup>2</sup>.

Ciertamente la previsión vista posee un evidente contenido ordenador, al prohibir mediante el mecanismo introducido de la no autorización de las instalaciones, de la infraestructura material, imposibilitando su instalación en todo el suelo urbano y urbanizable, con excepciones, y en el no urbanizable en la superficie definida.

Conforme al reparto competencial en la materia de urbanismo, que comprende las tres materias básicas de planeamiento, gestión y disciplina, corresponde a la ley autonómica, articular de forma general la instalación de las redes de telecomunicación o infraestructura dotacionales, distinguiendo entre los diversos tipos posibles y como han de integrarse en la estructura del territorio; y deberá establecer los instrumentos de planeamiento adecuados, planes de rango superior por su territorialidad, planes generales o planes concretos o especiales, en los que debe de preverse y desarrollarse las mismas y su concreción, atendiendo a los diversos tipos y la normativa precisa para el desarrollo de las previsiones o determinaciones urbanísticas, incluido claro está, las Ordenanzas municipales como normativa idónea para regular el contenido edificatorio y urbanizador no previsto en la ley y en los

instrumentos de planeamiento y aquellos instrumentos de planeamiento sin carácter normativo; así como la clase de suelo el que debe de asentarse las infraestructuras, con las limitaciones y especialidades, en su caso, para la instalación en suelo no urbanizable; coordinación de las diversas administraciones competentes, mecanismos e instrumentos para la ejecución de los distintos instrumentos de planeamiento, y en particular los necesarios para ejecutar las redes, infraestructuras o dotaciones, ya de carácter general o local, cesión y conservación de infraestructuras y urbanizables, y fórmula para la obtención y ocupación de los terrenos destinados a estas dotaciones, y por último, el régimen de disciplina urbanística, desde la regulación de las autorizaciones y licencias, protección de la legalidad, como el de infracciones urbanísticas. Por tanto, una previsión como la que nos ocupa, en la que se contiene una determinación de ordenación del territorio, sólo puede encontrar su instrumento idóneo de ordenación en los establecidos expresamente para dicha finalidad, esto es en los instrumentos de ordenación, en los planes de distintos ámbitos que se prevean, no siendo, pues, una Ordenanza reguladora de la instalación y funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación la disposición adecuada a efecto de realizar dicha ordenación. La función ordenadora de la infraestructura de las telecomunicaciones le viene, pues, reservada a los planes de carácter normativo, lo que ha de conllevar por la estructuración natural de las competencias y los ámbitos de actuación, que la Ordenanzas municipales se limiten a la misión de complementar y completar, en su caso, el planeamiento de ordenación.

Junto a lo anterior es de destacar que la limitación impuesta carece de justificación alguna, ningún motivo se articula al respecto, nada se dice ni se justifica. Cuando se ha prescindido de motivar dicha limitación, cuando no existe dato alguno que permita justificar que razones urbanísticas, paisajísticas, de imagen de la ciudad o medioambientales, cuando todo parece indicar hipotéticamente que dicho alejamiento de las instalaciones al casco urbano, a los lugares indicados, responde al temor de la incidencia que aquellas pudieran tener en la salud humana, la conclusión se impone. Por un lado, ante la ausencia de causa urbanística o medioambiental que explique o justifique la medida, la misma por inmotivada ha de reputarse desproporcionada y arbitraria y por ende contraria a Derecho; sin que sea, por demás, como ya lo hemos indicado *ut supra*, competencia municipal el regular una materia que por mor de los arts. 149.1.16 y 21 de la CE corresponde al Estado, y dado que las únicas razones que se vislumbra son razones estrictamente sanitarias, es al Estado al que corresponde dicha regulación, no siéndole posible al Ayuntamiento de Conil de la Frontera establecer la prohibición vista por razones de sanidad, más cuando sin apoyo objetivo que lo avale, la medida deviene caprichosa y puramente voluntarista.

La limitación impuesta de 1mW/m<sup>2</sup> (miliwatio/metro cuadrado). Ha de partirse del dato de que dicha limitación invade competencias estatales, contradice el RD 1066/01 y además resulta injustificada. Sin que dicha regulación pueda justificarse por el hecho de que al regularse en la Orde-

nanza el límite de exposición, aún no se había dictado el RD 1066/91, de 28 de septiembre.

Es evidente que lo que hace el citado artículo es regular concretas determinaciones técnicas de las instalaciones necesarias para la prestación del servicio de interés general de telecomunicaciones. Ninguno de los títulos competenciales que se invocan, ni las materias sobre las que incide, autorizan al Ayuntamiento para fijar dichas determinaciones técnicas, ni incide en el urbanismo, ni en el medio ambiente, se está invadiendo la competencia sectorial, en cuanto que al establecer el máximo de exposición, directamente determina una característica técnica cualificada de las instalaciones, lo que le estaba vedado antes y después de la vigencia del RD 1066/01. Real Decreto que se atuvo a la Recomendación del Consejo 1999/519/CE, de 12 de julio de 1999, que permitía a los Estados miembros “tener en cuenta, cuando convenga, criterios tales como la duración de la exposición, las partes del organismo expuestas, la edad y las condiciones sanitarias de los ciudadanos”, junto a la directrices ICNIRP; y que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, dictado al amparo de las competencias exclusivas del Estado en materia de telecomunicaciones, art. 149.1.21 de la CE y del establecimiento de bases y coordinación general de sanidad, art. 149.1.16 de la CE; el propio Ministerio de Ciencia y Tecnología supervisa el impacto medioambiental de los equipos de telecomunicaciones. Las determinaciones técnicas de los equipos e instalaciones, en determinados casos, inciden o pueden incidir sustancialmente en la prestación del servicio, de las telecomunicaciones, por lo que su determinación corresponde a la competencia estatal.

Las Corporaciones Municipales, por tanto, ni tienen, ni tenían antes de la vigencia del RD 1066/01, bajo la escusa de vacío normativo, competencia para regular una materia afectante directa y sustancialmente al sector de las telecomunicaciones. Ciertamente que posee competencias sobre protección de la salud pública, en los términos del art. 42 de la Ley 14/86, más las mismas se desenvuelven en el control sanitario de las expresadas instalaciones, no, como sucede con la determinación referida, mediante la regulación de concretas características técnicas de las instalaciones.

Con lo dicho sería suficiente para declarar la nulidad pretendida del expresado artículo, pero además cabe añadir, que la expresada determinación técnica carece de justificación alguna, no hay expresión alguna del porqué de dicha medida preventiva, ninguna prueba objetiva avala la corrección de dicha determinación. Por contra, las determinaciones recogidas en el Anexo II del RD 1066/01, ya se dejó dicho, responde a criterios definidos por la Recomendación del Consejo 1999/519/CE, de 12 de julio de 1999 y a las directrices ICNIRP.

El art. 9.2.f), establece que “no se autorizarán aquellas antenas de telefonía móvil que no resulten, a juicio del Ayuntamiento, compatibles con el entorno, por provocar un impacto visual no admisible”. El art. 9.2.g), dice “con

carácter general, no se autoriza la instalación de estos elementos en edificios, conjuntos o espacios protegidos, salvo los casos concretos y excepcionales que se informen favorablemente por los servicios técnicos municipales, los organismos competentes en la materia y por la Comisión Municipal de Gobierno”. Tacha la actora las citadas determinaciones de atentar contra los criterios de seguridad, en tanto introduce conceptos indeterminados y se deja a voluntad del Ayuntamiento, que se establezca, desde un criterio puro y estrictamente urbanístico y medioambiental, que es el criterio que debe de presidir la lectura de los citados artículos, que sea el Ayuntamiento el que valore la compatibilidad de las instalaciones con el entorno, resulta superfluo, desde luego, pero no introduce elementos de subjetividad prohibida, simplemente señala el órgano al que compete la autorización, que deberá de valorar, por así tenerlo atribuido, la citada compatibilidad. Ciertamente se recogen conceptos jurídicos indeterminados que habrá de delimitarse ante la presencia del caso concreto, así cuando se emplea el término “compatible con el entorno” o “impacto visual no admisible”, habrá de atenderse al caso concreto siendo un concepto fácilmente determinable en función de la situación de los lugares indicados y el equipo que se pretenda montar, lo cual en regulaciones generales, en este caso atinente a todo el término municipal, resulta absolutamente adecuado y, a veces, hasta necesario. La dicción de los artículos no hace más que recoger lo que son limitaciones contenidas en las regulaciones generales, referidas a unos concretos bienes “edificios o conjuntos protegidos”, lo que con carácter general es obligado, al punto que en algunos casos por mor de la legislación general o planes de protección la limitación podría ser absoluta, una prohibición total; no ofrece, pues la Ordenanza una indeterminación o establece criterios subjetivos, sino que a la vista del caso concreto, será necesario integrar caso por caso, expresamente la limitación, se condiciona a “provocar un impacto visual no admisible”. Control, insistimos, por demás, que le viene atribuido al municipio en el desarrollo y normal ejercicio de las competencias y actividad de inspección y de policía y de protección urbanística y medioambiental. No se establece una prohibición, si no una simple limitación, que no se hace en función de las determinadas y concretas características técnicas de los equipos e instalaciones, sino en función de proteger determinados lugares por su entorno.

El art. 9.2.h) establece que “las licencias para la instalación de estos elementos tendrá carácter temporal, con una duración limitada de dos años. Para posibilitar su permanencia deberán ser renovadas al acabar el plazo de instalación, momento en el cual habrán de modificarse, si procede, para dar cumplimiento a lo establecido en las ordenanzas y normativas vigentes”.

Se inscribe el artículo transcrito dentro de la potestad de policía de la Administración. Desde luego, desde un plano estrictamente general y abstracto, no existe inconveniente en que la propia norma construya el supuesto concreto para establecer la medida limitadora. Ahora bien, la limitación temporal impuesta respecto a las licencias otorgadas, sólo será válida en

cuanto la misma respeta la regulación material que regula e identifica las licencias que nos ocupa, en tanto que resulta necesario el apoyo normativo explícito primero para poder actuar una cualquiera de las técnicas de limitación de derechos, y en segundo lugar para establecer la limitación temporal.

No podemos obviar que dado el ámbito en el que se desarrolla la Ordenanza, pues sobrepasado este ya hemos comentado ampliamente como incurriría en invasión de competencias ajenas a los intereses municipales, es el urbanístico y medioambiental, y en este concreto caso resulta evidente que lo que se está regulando son licencias de contenido urbanístico, licencias para la instalación de los elementos descritos en el artículo, con el objeto de ejercer el control público sobre la edificación y el uso urbanístico del suelo. Nos encontramos, en este caso ante licencias del tipo de autorizaciones plenamente regladas, mediante la misma la Administración comprueba el ajuste del ejercicio del derecho a la legalidad, que otorgan o permiten, por ser conforme con el ordenamiento urbanístico, la realización de obras o la utilización del suelo, nada más. Con la licencia se permite el ejercicio del derecho a edificar o a un determinado uso, identificándose la licencia como mero acto de comprobación de la licitud de la actividad urbanística, la licencia tiene carácter preventivo; interesándonos señalar ahora su carácter reglado en el sentido de que la Administración para su otorgamiento carece de libertad de acción, debiéndose ceñir a lo dispuesto en la normativa urbanística.

La licencia es, pues, un acto debido, no negocial, ni sujeto a condición. Por su carácter reglado se viene exigiendo legalmente que la denegación sea motivada, art. 243.2 -vigente- del Real Decreto Legislativo 1/1992.

Por todo ello, al establecerse una limitación temporal, dos años y una constante adaptación a la evolución futura de la normativa no dictada al tiempo de la solicitud y autorización, se está desvirtuando los caracteres básicos de la figura que examinamos, de suerte que mediante la regulación que se hace se vienen a regular otro tipo de autorizaciones, no las licencias urbanísticas; autorizaciones extrañas a estas que incardina dentro de la actividad de policía de la Administración, limitadora de la actividad de los particulares, que al no encontrar apoyo normativo explícito alguno, ha de reputarse contraria a Derecho.

Impugna la parte actora el art. 9.2.j) 1., sobre el contenido de la documentación a presentar, en el apartado correspondiente a “Memoria”, se exige que se aporte un “seguro de responsabilidad civil que cubra de manera ilimitada posibles afecciones, por irradiación o por caída, a los bienes o a las personas. Este seguro cubrirá cada instalación y no podrá ser un seguro genérico de la totalidad de las mismas”. Esto es, se le impone a las operadoras el deber de contratar un seguro de responsabilidad civil con las características vistas.

Ningún título competencial avala el establecimiento de las condiciones vistas para la concesión de la licencia, ni las exigencias de las referidas garan-

tías poseen contenido urbanístico o medioambiental. El establecimiento, pues, de dicha garantía, con carácter general y omnicompreensivo, en modo alguno responde a criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido que es propio a la Ordenanza, en tanto que delimitado su ámbito material como se ha hecho anteriormente, resulta aquella completamente ajena sin relación alguna a la ordenación técnica de las instalaciones en cuanto puedan afectar al urbanismo o al medio ambiente. Desde esta perspectiva, el que se establezca o no dicha garantía, técnicamente resulta indiferente a efecto de la ordenación y autorización urbanística y para la protección del medio ambiente o la salud pública, tal y como ya han sido delimitadas. Es, pues, una determinación que incide directamente en la regulación sectorial de las telecomunicaciones en cuanto que afecta a requisitos exigidos a las operadoras para la instalación de redes y su utilización, incidiendo directamente en la competencia exclusiva del Estado sobre telecomunicaciones, aparte de afectar al sistema general del régimen de responsabilidad propio del Derecho Civil. Razones que nos han de llevar a declarar la nulidad de la citada disposición.

Alega la parte actora contradicción entre lo dispuesto en el art. 10.d) y art. 18.a). Ambos artículos regulan un supuesto idéntico, a pesar de que el art. 10 se incardina dentro del capítulo correspondiente a “Estaciones bases situadas sobre cubierta de Edificios” y el art. 18 referido a “Instalaciones de antenas situadas sobre mástiles o estructuras soporte apoyadas sobre el terreno”, distinción que se pierde al regularse en el citado art. 18 instalaciones sobre cubiertas de edificios; en ambos casos, como decimos se regula exactamente el mismo supuesto, al punto que uno y otro artículo se reproducen fielmente, excepto, como bien señala la parte actora en que en el primero la altura máxima será de 8 metros y en el 18 se reduce a 4 metros. Lo que evidentemente atenta contra el principio de seguridad jurídica, ante la regulación del mismo supuesto de forma contradictoria, lo que nos ha de llevar a la anulación de ambos artículos en cuanto a la altura máxima permitida.

Vuelve la parte actora a insistir sobre la incorrecta utilización en el art. 14 de la Ordenanza de conceptos jurídicos indeterminados, “edificios protegidos” o “espacios protegidos”. Pues bien, como señala la propia parte actora en la demanda, la citada limitación se encuentra ya recogida en la dicción del art. 138.b) de la Ley del Suelo, Ley 1/97. Con todo, ya se ha indicado, resulta correcto la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, que en sí mismo ni producen indeterminación, ni inseguridad, sino que habrá de atender caso por caso en atención a las circunstancias concurrentes bajo el tamiz de las normas y principios que rigen la materia, al punto que el caso que se contempla en el artículo examinada la delimitación en cada caso habrá de hacerse conforme a las declaraciones y legislación en concreto sobre edificios, conjunto o espacios protegidos, y la referencia “a juicio de los servicios municipales”, en materia reglada como la que nos ocupa, no puede expresar ni significar discrecionalidad, sino que habrá de atender a la

normativa que rige la materia, en el que el mismo art. 138 citado es expresión paradigmática de los límites a los que debe de sujetarse este tipo de instalaciones.

Afirma la parte actora que respecto de la instalación de microceldas, su limitación en altura hace que su utilidad sea mínima. Al no recogerse en concreto que contenido concreto del art. 16 es el que impugna, la Sala no acierta a delimitar que es lo que se está impugnando, porque siendo así que las limitaciones están todas relacionadas con la imagen de la ciudad, la única que se determina físicamente es “la separación de las antenas respecto al plano de fachada no excederá de 50 centímetros”, lo que evidentemente resulta extraño a una limitación en altura que no descubrimos se imponga en la norma cuestionada.

El Título III de la Ordenanza, Arts. 19 y 20 señalados por la parte actora, regula el régimen jurídico de las licencias sometidas a la Ordenanza, y en concreto se afirma que vulnera el art. 9 del Decreto del 17 de junio de 1985, al establecerse un procedimiento distinto al previsto para el otorgamiento de las licencias. Afirmación que a la vista del contenido de los expresados artículos no es posible compartir.

El artículo 19 se limita a señalar qué instalaciones precisan la previa obtención de licencia y el siguiente prevé una regulación ajustada estrictamente a las normas de rango superior, por un lado se remite a los arts. 13, 14 y 17 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, simplemente para indicar el contenido que debe de reunir los Planes Técnicos y en cuanto a la tramitación se prevé que se seguirá el procedimiento vigente, añadiendo en exclusividad como preceptivo el informe de los servicios técnicos municipales y otros que se tendrán en cuenta. Informes, que dada la materia en la que estamos, con un componente técnico evidente, resultan no sólo oportunos, sino a veces absolutamente necesarios. Por lo demás que la competencia para resolver recaiga en el Alcalde, no altera en absoluto el régimen general legal aplicable.

A criterio de la parte actora el art. 21 vulnera el art. 44 de la LGTel, que regula el derecho de ocupación del dominio público, afirmando que el Ayuntamiento limita el derecho reconocido exigiendo una concesión, cuando lo que se contempla es una mera autorización.

Sin duda la referida normativa general reconoce a “los titulares de licencias individuales para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones a los que se refiere el artículo anterior, tendrán derecho a la ocupación del dominio público, en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de telecomunicaciones de que se trate”, pero también se ocupa de recordar que, en este caso, los entes competentes podrán establecer “las condiciones y requisitos... para la ocupación del mismo por los operadores de redes públicas”. Y en el art. 45 de dicho texto establece expresamente que “las autorizaciones de uso deberán otorgarse conforme a lo dispuesto en la legislación del régimen local”.

El art. 21 de la Ordenanza, no limita la ocupación del dominio público mu-

nicipal por prever que se autorizará mediante concesión, sino que simplemente para el concreto supuesto de las instalaciones que nos ocupa en dominio público, el régimen legal previsto no es otro que el de la concesión, pues, art. 78 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, estamos ante un uso privativo que, por las características de la instalación, como no puede ser de otra forma, impide el uso por los demás potenciales usuarios. En definitiva, la regulación particular de la Ordenanza no hace más que sujetarse al régimen estatuido en la normativa general; sin que pueda acogerse la tesis actora en el sentido de que la LGTel prevea como instrumento adecuado para la ocupación del dominio público municipal la autorización, puesto que la expresión “autorizaciones de uso” no se está empleando en el sentido técnico preconizado delimitador de un tipo concreto y determinado de técnica en el ejercicio de la actividad administrativa de policía, sino en el material de utilización de el dominio municipal, cuya técnica a efecto del uso privativo se prevé que sea mediante la concesión, ajustándose la Ordenanza al régimen general.

El art. 22 de la Ordenanza se integra, sin dificultad, como explícitamente resulta de su propio tenor, dentro de la regulación contenida en el Real Decreto Legislativo 1/92, Ley 1/97, sobre “Intervención administrativa en la edificación y uso del suelo y disciplina urbanística; en concreto dicho artículo no es más que un trasunto de las obligaciones que legalmente se establece a los titulares de todo tipo de instalaciones y edificaciones de mantenerlos en buen estado de seguridad, salubridad, y ornato público. En modo alguno infringe la LGTel, art. 61, en tanto que ambas regulaciones se mueven en planos diferentes, afectando a materias distintas, y evidentemente el art. 22, sobre “conservación de instalaciones de antenas” se refiere a materia propia de ámbito estrictamente urbanístico.

Por último impugna la parte actora las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda, al considerar que las mismas consagra la retroactividad de las exigencias técnicas impuestas por la Ordenanza.

Respecto de las exigencias técnicas la adaptación de los equipos e instalaciones ha de hacerse conforme a las determinaciones técnicas fijadas por el Estado en los términos y plazos previstos en el RD 1066/01. Desde el punto competencial propio del municipio, las autorizaciones para la instalación y funcionamiento de las instalaciones de radiocomunicación, por su naturaleza y carácter, son dinámicas y permanentes, el control le corresponde al municipio dentro del ámbito material tantas veces recordado, por lo que las Disposiciones Transitorias, hecha la anterior precisión, ha de distinguirse si se refiere a dichas determinaciones técnicas, o por contra incide sólo en el ámbito urbanístico de la competencia propia del Ayuntamiento.

Es evidente que en cuanto a lo que son determinaciones técnicas, por esta sentencia se ha de proceder a anular todas las señaladas por la parte actora que poseen dicho contenido, por lo que es evidente que desde esta perspectiva las citadas disposiciones carecen de contenido, resultan unas disposiciones superfluas y carentes de objeto. Pero precisamente por la distinción



que hacemos, no hecha por la parte actora, es necesario deslindar dentro de las referidas Disposiciones Transitorias, el contenido que incide en el referido ámbito y el que se limita al ámbito competencial urbanístico tantas veces definido en el desarrollo de esta sentencia. Pues bien, la Disposición Transitoria Primera 1 y 2, regula supuestos de instalaciones sin licencia que conforme a la Ordenanza fuera necesaria su obtención o con licencia pero que de acuerdo con las disposiciones de la Ordenanza fuera necesario su traslado o cambio de ubicación, y el tiempo del que se dispone para solicitar su regulación conforme a la Ordenanza; pues bien, sin perjuicio de los derechos de los titulares de las instalaciones correctamente ubicadas conforme a la normativa hasta ese momento exigible y su posible indemnización por la adaptación exigida en la Ordenanza, ningún inconveniente legal existe para prever un régimen transitorio a fin de que en el plazo máximo fijado las instalaciones objeto de la Ordenanza se adapten a las determinaciones previstas, que ya hemos indicado se desenvuelve, como no puede ser menos, dentro del ámbito estrictamente urbanístico y medioambiental, y aún cuando la irretroactividad sea la regla general, dado que no estamos ante normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, cuya retroactividad si está prohibida, la regla general se puede excepcionar cuando así expresamente se dispone, como acontece en este caso.

La Disposición Transitoria Primera 3, en cambio, si adolece de graves defectos, la referencia que hace a los arts. 9 y 10, en principio no parece traspasar los límites que tan abundantemente hemos ido señalando. Ocurre sin embargo, ya se ha dicho, que en el art. 9 al hilo de regular el procedimiento para obtener las autorizaciones de instalación y funcionamiento de instalaciones para telefonía móvil personal y otros servicios de telecomunicación pública de propaganda aérea, se aprovecha la ocasión para entrar a regular determinaciones técnicas ajenas al ámbito competencial del municipio. Ya se ha señalado al respecto qué determinaciones debían de ser anuladas por dichas razones. Respecto de la referencia del art. 10, ya se indicó la contradicción irresoluble en la que incurría la Ordenanza. Por todo ello, procede anular esta norma transitoria en cuanto a la referencia a los arts. 9 y 10 en la parte de estos expresamente anulados.

*(ST. de 12 de noviembre de 2002. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Montero Fernández)*

## XVI MEDIO AMBIENTE.

Ruido. Procedimiento especial de derechos fundamentales. Condena a actuar a la Administración. Reglamento de Calidad del Aire. Decreto 74/96 Junta de Andalucía. No procedencia de inadmisibilidad por cuestión prejudicial penal; existencia autónoma de la pretensión administrativa. Sentencia del TEDH de

19-2-98 y STC 24 de Mayo de 2001. la ilegalidad manifiesta de una licencia constituye un funcionamiento anormal del servicio de intervención. Indemnización por daños. Condena en costas a la Administración.

Por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa publicada por Ley 29/1998, se impugnan diversas desestimaciones, por silencio administrativo, de peticiones hechas por los recurrentes al Ayuntamiento de Vélez Málaga.

La pretensión que se hace valer en este proceso es, de acuerdo con el suplico de la demanda, la siguiente: que se revoquen las resoluciones impugnadas y se ordene al Ayuntamiento demandado que cumpla y haga cumplir la normativa legal vigente sobre control de ruidos, que ejerza las medidas necesarias para conseguir que las perturbaciones por ruidos y vibraciones no excedan de los límites que se establecen en el Reglamento de Calidad del Aire, Decreto 74/96 de la Junta de Andalucía, adoptando los acuerdos pertinentes e inmediatos y ejecutándolos para evitar las perturbaciones por ruidos intolerables y la contaminación acústica que afectan a los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad de los domicilios de los recurrentes. Y en particular que se ordene al Ayuntamiento el control de la efectiva insonorización de los locales y el establecimiento de equipos limitadores-controladores, conforme a la normativa vigente y, sobre todo, proceda a la inmediata clausura de los locales que no lo cumplan, conforme establece el art. 42 del citado Reglamento, así como las medidas correctoras previstas en el art. 69 de la Ley 7/94 de Protección Ambiental, e incluso la anulación de las licencias otorgadas a los locales que no cumplan la legislación. Que se proceda a la clausura de las actividades que carezcan de licencia municipal y la de aquellas que contravengan y excedan su actividad de la licencia de la que pudieran disponer. Ejecute aquellas órdenes de clausura ya dictadas y adopte las medidas oportunas para la ejecución efectiva de los cierres acordados. Exija el cumplimiento efectivo de los horarios de cierre. También solicitan los recurrentes que se condene al Ayuntamiento demandado al pago anual, hasta tanto no solucione el problema y mientras exista la perturbación ruidosa, de 2 millones de pesetas a cada uno de los demandantes, y otros 2 millones a cada uno en concepto de indemnización por daños morales por cada año de sufrimiento desde la primera comprobación efectiva de los ruidos en agosto de 1990.

Los fundamentos jurídicos de esta pretensión se basan en los artículos 15 y 18 de la Constitución Española cuando consagran el respecto a la vida y a la integridad física y moral, de una parte, y a la inviolabilidad del domicilio de otra. Para los recurrentes la actuación municipal lesiona estos derechos fundamentales pues el Ayuntamiento demandado no aplica la Ley Autonómica 7/1994 de 18 de mayo de Protección Ambiental, ni el Decreto Autonómico

74/1996 de 20 de febrero, que en su art. 69 regula y obliga la inmediata suspensión de obras o actividades que atenten contra dicha calidad del aire. En concreto, y en el caso de autos, la superación del nivel de 30 decibelios permitidos, hasta llegar a los 120 que tienen que soportar los recurrentes. Hecho que impone al Ayuntamiento la suspensión de actividades y la adopción de medidas correctoras. Obligación a la que está obligada la Administración demandada por el art. 22 de dicho Reglamento. Obligaciones legales que el Ayuntamiento, sistemáticamente, incumple tolerando actividades de locales sin licencia para música, sin respetar el límite de contaminación acústica, y sin respetar el horario de cierre.

La Administración demandada opone la inadmisibilidad del recurso por entender que el procedimiento especial no es el competente para estudiar la pretensión. También entiende que existe una cuestión prejudicial penal según lo dispuesto del art. 10 párrafo segundo de la Ley Orgánica del Poder Judicial que debe determinar la suspensión del procedimiento. Respecto del fondo de la cuestión entiende que la administración ha actuado correctamente según el decreto 2414/1961, y niega la procedencia de la indemnización solicitada pues la Administración ha actuado ante las peticiones de los recurrentes.

El Fiscal, al informar sobre la legalidad constitucional de la actuación impugnada, resalta las diversas actuaciones del Defensor del Pueblo y los documentos que acreditan las sucesivas peticiones a la Administración demandada de los recurrentes en auxilio y en defensa de la legalidad. Resaltando, igualmente, 40 resoluciones o actividades sancionadoras que en la práctica totalidad de las mismas o no tienen resolución firme o no están definitivamente ejecutadas. El fiscal acaba informando positivamente la estimación del recurso salvo que se demuestre que la administración ha practicado y ha hecho efectivas medidas reales de ejecución material que excluyan el concepto de inactividad denunciada.

Las dos inadmisibilidades opuestas obligan a su tratamiento prioritario en el orden de pronunciamientos de esta sentencia.

Respecto a la inadecuación de procedimiento la Sala debe resaltar que el art. 121 de la Ley 29/1998 amplía de forma considerable el ámbito de pronunciamiento del órgano judicial dentro de este tipo de procedimientos especiales de protección de los derechos fundamentales de la persona. En efecto el párrafo segundo de dicho artículo dice que “la sentencia estimará al recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo”. Precepto que da cobertura suficiente a la pretensión deducida por los actores y a los fundamentos jurídicos de naturaleza constitucional, y legal, que la sustentan. Esto nos lleva a rechazar la primera inadmisibilidad opuesta.

Respecto a la posible prejudicialidad penal por existir diligencias penales abiertas, la Sala debe rechazar, igualmente, dicha petición de suspensión de

tramitación de este procedimiento porque la pretensión que se hace valer ante esta jurisdicción tiene naturaleza autónoma respecto del posible delito de prevaricación que se persigue en la vía penal. Es decir, falla la premisa contemplada en el párrafo segundo del art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la medida en que esta jurisdicción no necesita saber el resultado de las actuaciones penales para pronunciarse de forma plena sobre la pretensión deducida en el proceso contencioso. También debemos rechazar, en consecuencia, la segunda inadmisibilidad planteada.

Despejadas las dudas sobre el procedimiento debemos pronunciarnos sobre la pretensión y su fundamento jurídico.

Los razonamientos que sustentan la pretensión de los recurrentes son los siguientes: La conducta de la Administración demandada, inactividad en el deber de controlar los establecimientos, tiene como consecuencia la lesión de los derechos fundamentales invocados, vida e integridad física así como inviolabilidad del domicilio, como consecuencia de la contaminación acústica generada por los establecimientos que superan los límites establecidos por las normas medioambientales de aplicación en el municipio. La lesión a los derechos fundamentales producida debe repararse con una indemnización. Por último también solicitan una suerte de condenas pecuniarias con carácter coercitivo para estimular el cumplimiento de las obligaciones municipales.

El estudio de los razonamientos anteriores exige que tratemos, en primer lugar, la naturaleza del derecho fundamental invocado.

a) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ( en adelante TEDH) en su sentencia de 19-02-1998, núm. 0875/1998., afirmó, en esencia, los siguientes. En cuanto al art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicable en España ex art. 10 de la Constitución, el Tribunal falló tanto su aplicabilidad, como su cumplimiento. Teniendo en cuenta que la contaminación medio ambiental puede afectar al bienestar y al disfrute del propio hogar de forma que repercuta en la vida privada y familiar, el Tribunal consideró que las autoridades nacionales estaban obligadas a tomar las medidas oportunas para asegurar que el derecho a la vida privada y familiar fuera eficazmente protegido, y por tanto, era lícito que los actores esperaran ser informados. La falta de acción por parte del Estado supuso la violación del art. 8. El Tribunal consideró innecesario estudiar el caso bajo el art. 2, teniendo en cuenta su decisión anterior, y finalmente estableció el pago de una suma por daños morales a los demandantes, en aplicación del art. 50 del Convenio.

Por tanto, el TEDH condenó al Estado por no garantizar el derecho al disfrute del propio hogar sin inmisiones medioambientales..

b) Estudiamos la más reciente doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre la materia. Para el Tribunal Constitucional , sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 24 de mayo de 2001, constituyen el núcleo de amparo las supuestas violaciones de los derechos reconocidos en los arts. 15 y 18.1 CE producidas como consecuencia de la pasividad de un Ayuntamiento.

to frente a la contaminación acústica que sufre la zona en la que reside la demandante, y debida al incumplimiento de la normativa municipal sobre la materia por parte de los locales de ocio situados en dicha zona. El TC entiende que para considerar vulnerados los derechos a la integridad personal y a la intimidad, se debe poder establecer, a través de los datos y pruebas aportadas por la propia demandante, una relación directa entre el ruido y su intensidad con la lesión a la salud que éste le ha producido, extremos que no han quedado acreditados suficientemente por aquélla. Por todo ello, la Sala acuerda la desestimación del recurso. Pero lo importante de esta sentencia, no es el resultado final del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sino los razonamientos que se encuentran en la resolución y que permiten suponer que, caso de haber existido prueba suficiente, el Tribunal hubiera otorgado el amparo.

Es decir, podemos entender que se han sentado las bases jurídicas para que en el futuro, y ante cualquier Tribunal ordinario, un ciudadano invoque sus derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 Constitución Española), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). Siempre que la Administración incumpla su obligación de preservar dichos derechos fundamentales en el medio urbano y la causa de la lesión del derecho sea la contaminación acústica.

La importancia de los razonamientos del Alto Tribunal obliga a que sean reproducidos:

*“En efecto, el ruido puede llegar a representar un factor psicopatológico destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas (v. gr. deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas). Consecuentemente, procede examinar, siempre en el marco de las funciones que a este Tribunal le corresponde desempeñar, la posible incidencia que el ruido tiene sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales que antes hemos acotado, discerniendo lo que estrictamente afecta a los derechos fundamentales protegibles en amparo de aquellos otros valores y derechos constitucionales que tienen su cauce adecuado de protección por vías distintas.*

*Este Tribunal ha sido en todo momento consciente del valor que por virtud del art. 10.2 CE ha de reconocerse a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación y tutela de los derechos fundamentales (por todas, STC 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3). En lo que ahora estrictamente interesa, dicha doctrina se recoge especialmente en las SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia. En dichas resoluciones se advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas,*

*pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del art. 8.1 del Convenio de Roma (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, § 51, y de 19 de febrero de 1998, § 60). (...) Desde la perspectiva de los derechos fundamentales implicados, debemos emprender nuestro análisis recordando la posible afección al derecho a la integridad física y moral. A este respecto, habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE.*

*Respecto a los derechos del art. 18 CE, debemos poner de manifiesto que en tanto el art. 8.1 CEDH reconoce el derecho de toda persona “al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, el art. 18 CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2). Respecto del primero de estos derechos fundamentales ya hemos advertido en el anterior fundamento jurídico que este Tribunal ha precisado que su objeto hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, hemos de convenir en que uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 137/1985, de 17 de octubre, FJ 2, y 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5).*

*Teniendo esto presente, podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida. (...)*

*Como quiera que, según hemos avanzado, lo que específicamente se plantea en este recurso de amparo es que la contaminación acústica de su vivienda ha vulnerado el derecho de la recurrente a la intimidad domiciliaria, resultaba indispensable, para que este Tribunal pudiera apreciar la existencia de dicha infracción constitucional, que hubiese acreditado el nivel de ruidos existentes en el interior de su vivienda. Sin embargo, no ha hecho tal cosa, limitándose a formular una serie de alegaciones de carácter general impropias de un recurso de amparo en el que se trata de reparar el concreto menoscabo real de un derecho fundamental.”*

c) El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso administrativo, en su sentencia de 18 de noviembre de 2002, condena a un Ayuntamiento a indem-

nizar a vecinos afectados por el ruido como consecuencia de la pasividad de dicha Corporación Local en la vigilancia y control de los ruidos de diversos bares. Esta Sentencia responde al diseño constitucional de nuestra Administración pública, que debe velar por la satisfacción de nuestros intereses generales y, si falla en su función constitucional, acaba indemnizando a los ciudadanos afectados por una lesión que no tienen el deber jurídico de soportar. Así se deduce de la Constitución cuando fija el derecho de los particulares a obtener una indemnización por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (artículo 106 .2 de la Constitución).

Como vemos, y como resumen de las citas jurisprudenciales que se han hecho, los Tribunales, en una línea de progresiva ampliación de la tutela de los ciudadanos frente a la contaminación acústica , declaran lesionados los derechos fundamentales de integridad física e inviolabilidad del domicilio y condenan a la Administración responsable cuando no evita las lesiones.

Es decir, declaran la lesión de derecho fundamental como consecuencia de la contaminación acústica y los reparan mediante el resarcimiento de los daños producidos. Doctrina que, por lo demás, en el plano de la legalidad ordinaria ya estaba muy consolidada como veremos en el fundamento jurídico siguiente.

El mandato constitucional del artículo 106.2 CE supone que la Administración responde en condiciones más rigurosas que los particulares, pues lo hace aunque el servicio público haya funcionado correctamente. La razón se halla en el principio de igualdad ante las cargas públicas: la Administración responde por la existencia de un sacrificio especial del particular (distinto del soportado por la colectividad) con ruptura, pues, de aquel principio.

Ahora bien, pese a la amplitud de competencias medioambientales puestas a cargo de la Administración, ello no significa que la Administración sea responsable de todo daño derivado de actividades con incidencia medioambiental. Para ello se requiere que la responsabilidad sea imputable a la Administración. A los efectos de este tema, podemos distinguir las siguientes situaciones:

1.-La titularidad de una competencia abstracta de promoción y protección de un bien ambiental no constituye un criterio de imputación de responsabilidad. Por ello no existe responsabilidad por no realización de fines medioambientales (cfr. STS 3ª. de 17 de marzo de 1993).

2.- La Administración responde de los daños causados por fuentes de riesgo que manipula directamente, siempre que aquellos sean realización del riesgo típico creado por el servicio público, con independencia de que éste haya funcionado correctamente. Por ejemplo: la Administración responde de los daños causados por roturas de redes de alcantarillado y canales (SSTS 3ª de 13 de marzo de 1974, ; 11 de diciembre de 1974;; 12 de febrero de 1996, 18 de julio de 1998, ), vertederos (SSTS 3ª. de 1 de diciembre de 1986 ; 25 de mayo de 1988 ), desalinizadoras municipales (STS 3ª. de 12 de febrero

de 1996), caídas de árboles en parques nacionales (STS 3ª. de 28 de marzo de 1994), obras públicas (STS 1ª. 3 de marzo de 1998, ; SAP de Murcia de 28 de noviembre de 1997,), etc.

3.- De forma similar, la Administración responde de los daños que sean realización del riesgo típico creado por la no prestación de un servicio cuando la ley le atribuya el deber jurídico de hacerlo [vid. por ejemplo, artículo 25.2.1) LBRL].

Si el daño no constituye la realización de un riesgo típico del servicio, entonces la Administración sólo responde si el servicio ha funcionado anormalmente. Por ejemplo: los incendios forestales no son riesgos creados por el servicio de extinción de incendios, pero la Administración responderá si el mal funcionamiento del servicio propició que el incendio se propagase (cfr. STS 1ª. de 22 de noviembre de 1996). ***La culpa o negligencia en la prestación del servicio (es decir, el funcionamiento anormal del mismo) es el único criterio de imputación de responsabilidad a la Administración de aquellos daños que tienen su origen en actividades de terceros sujetas a la competencia administrativa de vigilancia y control. En estos casos, la inactividad administrativa ante las denuncias de los afectados ha sido siempre una prueba suficiente del mal funcionamiento del servicio*** (cfr. SSTs 1ª de 11 de octubre de 1975; 6 de octubre de 1989; 17 de marzo de 1993; 7 de octubre de 1997,; civ. de 20 de febrero de 1997; SAP de Murcia de 27 de mayo de 1997). La responsabilidad administrativa por no ejercicio de las competencias de vigilancia y control sobre las actuaciones (aun dolosas) de terceros es ya una regla general en otros ámbitos: si las competencias de control y vigilancia no se ejercitan correctamente, la Administración responde, por ejemplo, de los daños por atentado terrorista (cfr. SSTs 3ª de 31 de enero de 1996; 18 de julio de 1997), por el delito del tercero en un colegio (STS 2ª de 3 de julio de 1997), o por el cometido sobre un recluso (SSTs 3ª. de 27 de enero de 1997; 14 de junio de 1999), salvo que la correcta vigilancia no hubiera impedido la agresión (STS 2ª de 21 de julio de 1993).

No obstante, el daño no es imputable a la Administración cuando han sido adoptadas las medidas previstas ante las infracciones (por ejemplo, se ordenó el cese de la actividad, STS 3ª. de 15 de marzo de 1982), o cuando, ante la infracción, la Administración dispone de un margen de discrecionalidad sobre la medida a adoptar (STS 3ª. de 26 de octubre de 1988, RA 823 1).

4.- ***El otorgamiento de licencias, como servicio público de intervención en actividades con incidencia medioambiental, no es de por sí un criterio de imputación de responsabilidad. No es sólo que, salvo que se haya incumplido la competencia de vigilancia y control sobre la actividad sujeta a licencia*** (STS 3ª. de 28 de junio de 1983), la Administración no responda de los daños causados por actividades realizadas contra la misma (de los que responderá el infractor), sino que, además, en principio tampoco responde de los daños que se hayan producido en una actividad realizada conforme a la autorización. La admisión de una responsabilidad general en estos casos convertiría a la Administración en garante de los daños asociados a los riesgos de desarrollo, responsabili-



dad de la que está exonerada en el nuevo artículo 141.1 Ley 30/1992, tras la modificación de la Ley 4/1999. *Ahora bien, distinta debe ser la solución cuando la ilegalidad de la licencia sea manifiesta, por vulnerar de una forma evidente los estándares administrativos de prevención de daños (argumento ex artículo 329 CP), pues, indudablemente, ello supone un funcionamiento anormal del servicio de intervención; lo confirman los artículos 93.c) de la Ley de Costas y 177 de su Reglamento.*

Algo similar se puede decir de los servicios públicos prestados en régimen de concesión administrativa y, en general, si es un tercero quien ejercita privadamente funciones públicas (por ejemplo, un contratista de obra pública): la Administración sólo responderá si es quien dirige la actividad del tercero (vid. SAP de Asturias de 2 de marzo de 1995, AC 532) o si el daño está causalizado en el cumplimiento de una orden o condición impuesta por la Administración o en los defectos de un proyecto realizado por ella (artículos 121.2 LEF; 1.3 RD 429/1993; 98 Ley 13/1995; STS 3ª. 20 de octubre de 1998, RA 8842) o, finalmente, si la autorización administrativa resulta contraria a estándares normativos medioambientales. No obstante, existen pronunciamientos que, fuera de tales casos, determinan también la responsabilidad de la Administración (SSTS 1ª. de 21 de febrero de 1997; SSTS 3ª. 9 de mayo de 1989; de 11 de febrero de 1997). Con todo, la presencia de un concesionario o de un contratista no excluye la competencia administrativa de vigilancia y control, por lo que, en su caso, la Administración responderá por el funcionamiento anormal del servicio de intervención sobre las actividades de estos terceros (cfr. STS 3ª. de 27 de septiembre de 1991).

Este extenso resumen jurisprudencial sobre la responsabilidad de la Administración competente, en este caso la Local, por daños medioambientales ha servido para poner de manifiesto que el funcionamiento anormal de los servicios municipales relativos al control, a priori o a posteriori, de los bares y establecimientos similares con música, debe dar lugar a indemnización a los ciudadanos que no tiene la obligación de soportar en sus viviendas la contaminación acústica generada por dichos establecimientos y que no es evitada por la Administración a través del ejercicio de las competencias propias.

En el caso de autos consta una extensa y copiosa documentación donde se recogen todas las actuaciones iniciadas por los recurrentes para hacer cumplir al Ayuntamiento de Vélez-Málaga sus obligaciones al respecto. En concreto la aportación de informes oficiales que indican la superación del nivel de 30 decibelios permitidos, hasta llegar a los 120 que tienen que soportar los recurrentes. Se demuestra que el Ayuntamiento tolera actividades de locales sin licencia para música, sin respetar el límite de contaminación acústica, y sin respetar el horario de cierre.

También se demuestra, como puso de manifiesto el Fiscal al informar sobre la legalidad constitucional de la actuación impugnada, las diversas actuaciones del Defensor del Pueblo y los documentos que acreditan las sucesivas peticiones a la Administración demandada de los recurrentes en auxilio y en

defensa de la legalidad. Resaltando, igualmente, 40 resoluciones o actividades sancionadoras que en la práctica totalidad de las mismas o no tienen resolución firme o no están definitivamente ejecutadas.

El Ayuntamiento de Vélez –Málaga lesiona estos derechos fundamentales pues no aplica la Ley Autonómica 7/1994 de 18 de mayo de Protección Ambiental, ni el Decreto Autonómico 74/1996 de 20 de febrero, que en su art. 69 regula y obliga la inmediata suspensión de obras o actividades que atenten contra dicha calidad del aire. No cumple la obligación de la suspensión de actividades y la adopción de medidas correctoras. Obligación a la que está sujeta la Administración demandada por el art. 22 de dicho Reglamento. Obligaciones legales que el Ayuntamiento incumple tolerando las actividades denunciadas, y que incluso sanciona formalmente, aunque no ejecuta. Conducta de abusiva tolerancia que debe merecer, al menos, el reproche de la declaración de un funcionamiento anormal de los servicios públicos, con su oportuna condena a indemnización a los ciudadanos que han soportado dicha deficiencia municipal sin obligación legal de hacerlo.

Por ello estimamos ajustada a Derecho la indemnización solicitada como reparadora de la lesión de los derechos fundamentales invocados por las recurrentes.

Los recurrentes no sólo solicitan reparación del daño causado, sino condena a pago de cantidad concreta mientras la Administración no cumpla sus obligaciones de control y vigilancia. Veamos los posibles fundamentos legales que pueden amparar la pretensión.

El art. 45 C.E. no habla sólo del deber de los poderes públicos de restaurar el medio ambiente -lo que ya supone una garantía nada despreciable- sino también el de defenderlo, es decir, mantenerlo y ampararlo, lo que normalmente exigirá la creación o establecimiento de las obras o servicios necesarios para ello. Y es claro que esto no constituye una mera recomendación, sino un deber jurídico insoslayable derivado del art. 53.3 de la C.E. que -recordémoslo- de modo imperativo dispone que: “la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero... informará la actuación de los poderes públicos”.

Por consiguiente, las Administraciones competentes no pueden inhibirse ante situaciones perjudiciales al medio ambiente, sin que para subsanarlas deban esperar a que se traduzcan en daños ciertos a personas o cosas. El objeto de la protección del medio ambiente no se agota en la reparación de los daños producidos por consecuencia de la degradación de aquél, sino que esencialmente debe abarcar la preservación de los elementos que componen el medio ambiente mismo. La Administración competente en cada caso debe disponer lo necesario para que cese la situación de riesgo, adoptando ella misma las oportunas medidas correctoras u ordenando su realización a los terceros directamente responsables .

En la actualidad, los remedios procesales utilizables, aparte los que se sustentan en una legitimatio ad causam (típicamente indemnizaciones por daños provenientes de ambiente insalubre) se reducen a la acción penal y a la

acción pública ejercitable para la defensa de los intereses colectivos por “Corporaciones, Asociaciones y grupos”, dimanante del art. 7.3 de la L.O.P.J.

La sentencia 25 de abril de 1989, fundamento quinto, reiteración del expresado en la ya mencionada sentencia -antecedente de la que nos ocupa- de 9 de mayo de 1986, dijo: “La Ley básica estatal de Régimen Local de 2 de abril, norma de inmediata y directa aplicación, establece como competencias obligatorias de los Municipios, entre otras, la de protección del medio ambiente y la protección de la salubridad pública así como la de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales (art. 26). Y reconoce, además, el derecho de los vecinos a exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio (art. 18). Es claro, por tanto, que **el Municipio de... tiene la obligación -correlativa al derecho del recurrente- de adoptar las medidas adecuadas para poner fin a la situación que ha dado origen al pleito. Esta obligación y este derecho, suponen que el Ayuntamiento tiene que cumplir lo que se le ha solicitado, lo que implica, además, la obligación de incluir en sus presupuestos, si fuese necesario, las partidas para realizar las obras que sean adecuadas para poner fin a la situación actual de atentado al derecho del recurrente a un medio ambiente adecuado...**”.

Llegados a este punto la cuestión es ¿pueden pedir los propietarios afectados la realización de actuación administrativa de carácter preventivo?

El artículo 25.2 LJCA, Ley 29/1998, advierte que «es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración..., en los términos establecidos en esta Ley».

Establecida la posibilidad de instar la impugnación de la inactividad, debemos ver que tipo de pretensión puede hacerse valer.

En efecto, el artículo 32.1 LJCA dice que podrá pretenderse que se «condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas» cuando el recurso se dirija contra la inactividad «conforme lo dispuesto en el artículo 29». Un precepto que se refiere al incumplimiento de una obligación de «realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas» (ap. 1º-) y a la ejecución de actos firmes (ap. 2º-). Pues bien, en el primer caso, que es el de autos, la condena sólo puede referirse a una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, lo que necesariamente presupone la existencia de una situación jurídica individualizada. Esto es, la condena prevista en el artículo 32.1 LJCA no es otra cosa que la medida que satisface la pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, en los mismos términos que podía dictarse condena con el derogado artículo 42 LJCA/1956. Una conclusión que parece incluso confirmada por la sistemática empleada en el artículo 71 de la Ley 29/1998. Este regula el contenido de la sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo señalando su letra b) que «si se hubiere pretendido el reconocimiento y res-

tablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma»; y luego, en su letra c) añade que «si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo».

Los recurrentes solicitaron del Ayuntamiento demandado la clausura de los locales emisores de los ruidos intolerables hasta que cumplieran con la normativa vigente sobre ruidos e instalarse un equipo limitador-controlador de los mismos. También solicitaron al Ayuntamiento demandado que cumpliera e hiciera cumplir la normativa legal sobre ruidos y horarios respecto de los locales denunciados. Los locales se identificaron individualmente en el escrito que presentaron los recurrentes al Ayuntamiento con fecha 11 de junio de 2001, subsanado en cuanto a documentos accesorios el día 25 del mismo mes. La Administración demandada desestimó tácitamente la petición.

Como hemos visto más arriba es perfectamente posible que esta Sala y jurisdicción condene a la Administración demandada a cumplir lo solicitado en vía administrativa por los propietarios afectados por la contaminación acústica. Para ello, aparte de estimar el recurso respecto de esta pretensión de actuación concreta y obligada de la Administración pública, el órgano judicial, como ya hemos visto, tiene que fijar un plazo para que se cumpla el fallo. Atendiendo las circunstancias especiales del caso, y a la fecha de esta Sentencia, el plazo que fija el órgano judicial es el de un mes desde la notificación a la Administración demandada de nuestra sentencia. Estándose a partir de dicho momento a lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley de la Jurisdicción.

Por este motivo la Sala no accede a la petición de indemnización con carácter coercitivo que pretenden los recurrentes, pues la garantía del cumplimiento de lo solicitado por ellos está en la ejecución de la sentencia tal y como se acaba de decir, y no es razonable que el estímulo para el cumplimiento de las obligaciones legales de la Administración se haga beneficiando el patrimonio de unos ciudadanos particulares. Este Tribunal es el encargado de velar para que la Administración cumpla lo ordenado.

Las costas de este proceso deben imponerse a la Administración demandada de acuerdo con el artículo 139 .1 párrafo segundo de la Ley 29/98 pues de otra forma el recurso perdería su finalidad ya que los recurrentes solicitaron en vía administrativa la actuación obligada de la Administración, y sería paradójico que tuvieran que soportar los costes económicos de un proceso que acaba obligando a la Administración a actuar según sus propias obligaciones.

*(ST de 16 de Junio de 2.003.Pleno de la Sala de Málaga. Se transcribe completa. Ponente García Bernaldo de Quirós)*