

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (*)

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL.

Administración Local. Mercado de abastos. Suspensión del servicio v extinción de las concesiones. Procedimiento. Falta de motivación.

El objeto del presente recurso contencioso-administrativo es el Acuerdo del Ayuntamiento de Almería de 10-2-99 por el que se dispone la supresión del servicio de Mercado Central de Mayoristas y se declara el carácter a extinguir de todas las concesiones existentes, incluida la del cuadro 31.

La parte demandada, en su escrito de demanda, solicita la estimación del recurso, con nulidad del acto administrativo recurrido, justificándolo en las siguientes argumentaciones:

1.- El periodo de disfrute de la concesión del puesto de mercado se cifró en 30 años, extinguiéndose en el año 2011.

2.- Ha mediado gran demora en adoptar la decisión que da lugar al presente recurso contencioso administrativo, ya que desde dos años antes se tuvo la incertidumbre sobre el futuro del mercado en cuestión. Posteriormente se recibe comunicación del acuerdo del ente local sobre la supresión del servicio público, la extinción de las concesiones y la incoación de expedientes contradictorios, pero sin especificar los términos a aplicar para cuantificar las correspondientes indemnizaciones.

3.- El acuerdo es anulable por aplicación del art. 63 Ley 30/92 al existir defectos sustanciales en el procedimiento: se ha prescindido del trámite de audiencia, del informe del servicio jurídico y del Consejo Consultivo de Andalucía; y se ha dejado transcurrir el plazo de 1 mes establecido para liquidar los derechos a consecuencia de la supresión de un servicio público.

Por ello, la parte recurrente suplica se declare la nulidad del acto impugnado, que se comine al Ayuntamiento para que realice actos precisos para la definitiva supresión del servicio público y la posterior liquidación de indemnizaciones que procedan, y que se resuelva sobre el fondo del asunto condenando al ente local a pagar la cantidad de 16.722.477.- pesetas en concepto de indemnización por la supresión del servicio público.

La Administración demandada instó la desestimación del recurso presentado, fundamentado en que la resolución recurrida es ajustada a derecho.

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

Analizando el expediente administrativo en lo relativo al proceso por el cual se acordó la decisión de suprimir el servicio de mercado, ha de destacarse lo siguiente:

Con fecha de 15-9-97 se efectúa requerimiento en la persona del recurrente para que se manifieste sobre posible renuncia a su concesión en el mercado central de mayoristas o sobre lo que estimare en su derecho; ante la adjudicación a "Hortofrutícola Ciudad Luminosa, S.L." de contrato de concesión de obras públicas relativo a la redacción de proyecto de obras de remodelación y ampliación de la actual Alhóndiga Municipal o de construcción de una nueva y gestión del servicio público de mercado central de mayoristas.

Con fecha de 8-5-98, el Ayuntamiento remite a la Junta de Andalucía escrito por el que solicita se le conceda la dispensa de prestar el servicio mínimo de Alhóndigas, en base a la imposibilidad de seguir prestándolo por parte del Ayuntamiento.

El Director General de Administración Local de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía en escrito de 17-6-98 interesa del Ayuntamiento, para poder resolver lo procedente, la remisión del correspondiente expediente administrativo en el que deberán figurar necesariamente el acuerdo plenario solicitando la supresión del servicio, así como Memoria Justificativa de las circunstancias que hagan imposible o de muy difícil cumplimiento la prestación del referido servicio.

No existe contestación al anterior requerimiento, emitiéndose informe de 20-1-99 por el Área de Salud, Consumo y Asuntos Sociales del Ayuntamiento de Almería en el que se considera que el mercado central de mayoristas no parece exigible como servicio mínimo municipal cuando el requisito de mercado se cubre con el conjunto de mercados de abastos que cubren sobradamente ese mínimo que la ley impone; y que, vista la previsión legal que autoriza la supresión del servicio –art. 127.6 RSCL–, las consecuencias jurídicas determinan el derecho a indemnización por el tiempo que reste de la concesión.

El 22-1-99 se emite informe por técnico económico financiero de la Unidad de Economía Financiera del Ayuntamiento de Almería, que entiende que no es viable el mantenimiento del servicio de mercado porque se exigirían unas remodelaciones en las instalaciones cifradas en 300 millones de pesetas. Además entiende que la supresión del servicio no supondría una grave distorsión ni menoscabo en la distribución mayorista de frutas y hortalizas en el municipio. Con igual fecha se emite informe higiénico sanitario con diversas consideraciones.

Efectuadas las propuesta pertinentes, se aprueba el dictamen que aboga por declarar la supresión del servicio en base al art. 127.1.6 RSCL, declarando a extinguir todas y cada una de las concesiones. Esta aprobación se realiza por el Pleno del Ayuntamiento en sesión ordinaria celebrada el 4-2-99 por mayoría de 14 votos favorables, ninguna en contra y 13 abstenciones.

Para resolver la cuestión sometida a debate ha de analizarse en primer lugar la naturaleza del servicio público de mercado de abastos y la forma en que venía siendo gestionada por el Ayuntamiento de Almería.

El servicio de mercado de abastos se constituye en un servicio competencia de los municipios de conformidad con el art. 25.2 g) LRBRL (en cuanto dispone la competencia del municipio en abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores) y que deben prestar necesariamente los municipios de más de 5.000,- habitantes ex art. 26.1 b) LRBRL. Esta consideración de este servicio como un servicio obligatorio ya se especifica por ejemplo en sentencia de 18-6-40 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Cataluña.

Además, la prestación del referido servicio puede ser a través de las modalidades de gestión directa o indirecta, habiendo optado el Ayuntamiento de Almería por la gestión indirecta en la modalidad de la concesión, por aplicación del art. 85.4 a) LRBRL y del art. 157 a) LCAP que refiere la concesión como una forma de contratación de la gestión de los servicios públicos, en la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura.

Con esta situación de partida, ha de precisarse que el rescate de la concesión por razones de interés general (es una reversión anticipada por la que se avoca para sí el propio Ayuntamiento la gestión del correspondiente servicio público de mercado o abastos o para que el servicio sea gestionado por un ente público dependiente del mismo) y la supresión del servicio público (por la que se extingue el propio servicio como tal por razones de interés público) se configuran como causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, ex art. 127.1 5a y 6a del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y art. 168 b) y c) LCAP y constituyen las situaciones excepcionales que deben dar lugar a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al contratista según el art. 127.4a RSCL y el art. 169.4 de la LCAP que declara que deberá incluir los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.

Y en este sentido, la sentencia del TS de 2-12-04 determina que una de estas causas: la supresión del servicio público, es un modo válido de declarar extinguida una concesión, como reconoce el art. 127.1.5a del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, como ya antes lo reconocía el artículo 75.4 del Decreto de 1965; pero declara que debe mediar una razón de interés público que permita declarar suprimido el servicio con unas consecuencias económicas concretas. Y por ello, debe determinarse la nulidad cuando no se determine la existencia de una razón de interés público que pueda aducirse válidamente para adoptar el acuerdo de supresión en los términos en que lo ha sido.

Con independencia de si a un supuesto de privatización (consecuencia a la que lleva la supresión de un servicio público, que además es calificado legalmente como de necesario) se le deben aplicar los mismos requisitos que

impone el art. 97 del TRRL al acuerdo inicial de municipalización o provincialización; lo cierto es que esta decisión debe estar respaldada por al menos la misma mayoría cualificada que se exige para adoptar el acuerdo de alteración de la forma de gestión del servicio municipalizado o provincializado, que se establece en el art. 98.6º RSCL por la remisión que al mismo efectúa el art. 97.2º del mismo Reglamento (aunque si bien este precepto establece la mayoría de tres cuartas partes del número legal de sus miembros, debe aplicarse el quórum establecido en el art. 47.3 LRBRL, que refiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación Local.

Atendiendo a los elementos fácticos derivados del expediente administrativo destacados anteriormente y de lo obrante en las presentes actuaciones, no puede estimarse la alegación efectuada por la Administración demandada relativa a que el título concesional del recurrente se hubiera extinguido por antigüedad, al transcurrir los 30 años dados de validez y vigencia a la concesión en la gestión del servicio público en cuestión, porque de las actuaciones deriva que el 15-11-91 D. Bernardo López Cruz compró al anterior titular D. Baltasar Saez Murcia el puesto nº 31 de la Alhóndiga Municipal (consta documento privado de compra-venta, justificación de depósito previo en el Ayuntamiento de Almería, abono de impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, y acuerdo de la Comisión de Gobierno del ente local de 23-12-91 por el que se autorizó la cesión del cuadro nº 31 de la Alhóndiga municipal), y que éste último adquirió la concesión en 1981; con lo que el plazo del título de concesión se extinguiría efectivamente el año 2011. El Ayuntamiento en el escrito de demanda alega que el título no estaba en vigor, al tener más de 30 años de antigüedad, manifestación que dice justificará debidamente en fase probatoria, sin que posteriormente la prueba se dirigiera por la Administración demandada a probar tal circunstancia. Así, todos los sucesivos razonamientos relativos a que hay que entender caducado el título de la concesión conforme el art. 96 de la Ordenanza reguladora del servicio, al haber expirado el plazo de vigencia del mismo, han de ser rechazados: el título de la concesión estaba vigente al tiempo de dictarse la resolución administrativa objeto de impugnación en este recurso contencioso administrativo, por lo que no operó la caducidad de la concesión, sino que la causa de resolución de la misma se debió al motivo expuesto en la propia resolución impugnada, cual fue la supresión del servicio público en cuestión (de hecho, la cédula de notificación al recurrente de 10-2-99 –cuya copia se adjunta como acto recurrido– se refiere al acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Almería en sesión ordinaria celebrada el 4-2-99, que aprueba el dictamen de la Comisión Informativa de Salud, Consumo y Asuntos Sociales que aboga por declarar la supresión del servicio de Mercado Central de Mayoristas que venía siendo gestionado en régimen de concesiones por el ayuntamiento de Almería, declarar el carácter de “a extinguir” de todas y cada una de las concesiones del referido Mercado, ordenando la incoación de expediente contradicto-

rio de liquidación de derecho que dicha supresión del Servicio motiva, al amparo de art. 127.1.6a RSCL).

Así, lo acontecido en el presente caso fue la supresión de la concesión y no la caducidad de la misma, como pretende en el recurso la Administración demandada.

Atendiendo a los requisitos formales para adoptar el acuerdo de suprimir un servicio mínimo, destacamos:

A. dispensa de la Comunidad Autónoma correspondiente ex art. 26.2 LRBRL.

B. justificación de la supresión del servicio en el interés general conforme el art. 168 c) LCAP y

C. aprobación por mayoría absoluta por derivación del art. 47.3 LRBRL.

Si bien este último requisito concurre en el presente caso, no ha existido ni dispensa de la Junta de Andalucía (porque esta se solicita pero no es concedida por la Comunidad Autónoma, la cual interesa para resolver lo procedente la remisión del expediente y de la memoria justificativa, sin que el ente local lo enviara), ni tampoco justificación adecuada de la imposibilidad del ente local de gestionar el servicio o del interés general que fundamente la supresión del mismo (se alude a un informe higiénico-sanitario que determina la necesidad de efectuar algunas mejoras, y un informe económico financiero que dice que el coste de efectuar todas las remodelaciones en el mercado ascendería a 300 millones de pesetas, pero que no se correlaciona con informe alguno de la Intervención que determinase la imposibilidad de asumir dicho coste).

Consecuentemente ha de entenderse que el ente local no ha motivado ni justificado adecuada y legalmente el acuerdo adoptado relativo a suprimir el servicio municipal de mercado central de mayoristas, razón por la que procede declarar la nulidad de tal acuerdo.

(Sts. de 4 de diciembre de 2006. Sala de Granada. Se transcribe completa. Ponente M^ª Luisa Martín Morales).

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL.

Telefonía móvil. Competencias municipales. Posibles daños ambientales y sobre la salud de las personas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Ordenanza Municipal para la instalación y funcionamiento de antenas de telefonía móvil en el término municipal de Motril (Granada) publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Granada núm. 203 de fecha 4 de septiembre de

2001, por entenderla contraria a derecho y lesiva a los intereses de la entidad recurrente.

Los argumentos esgrimidos por la recurrente para justificar la ilegalidad de la Ordenanza impugnada, se pueden incluir en dos apartados distintos, por un lado los motivos de impugnación de ámbito general y por otro los motivos de impugnación pormenorizada de títulos y artículos de la Ordenanza. Entre los primeros se podrían incluir las consideraciones efectuadas por la recurrente sobre la complejidad de la regulación legal y técnica de la gestión e implantación de la red pública de telecomunicaciones y en particular, de la red pública de telefonía móvil, en relación con la falta de competencia de las entidades locales para la aprobación de Ordenanzas reguladoras de las instalaciones de telecomunicación que empleen el dominio público radioeléctrico. La existencia de una norma estatal que regula las restricciones de las emisiones radioeléctricas y las medidas de protección sanitaria frente a las mismas. Derecho de ocupación del dominio público y privado correspondiente a Airtel, S.A.. Supuesto impacto medioambiental de las antenas de telefonía móvil e hipotéticos daños que sobre la salud de las personas causarían las emisiones radioeléctricas.

Las anteriores cuestiones han tenido cumplida respuesta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 24 de enero de 2000, 18 de junio de 2001, 15 de diciembre de 2003 y 24 de mayo de 2005. En esta última se expresa lo siguiente: *“En continuidad de lo indicado en las otras mencionadas, como tuvimos ocasión de señalar en Sentencia de 24 de enero de 2000, el artículo 149.1.21 de la Constitución se limitan las competencias estatales en materia de telecomunicaciones respecto de las comunidades autónomas, mientras que las competencias municipales derivan de la ley, sin perjuicio de que la autonomía local presente una garantía institucional reconocida por la C.E. para la “gestión de los intereses Locales” (arts. 137 y 140 C.E.) y añadíamos, en STS de 18 de junio de 2.001, que la existencia de un reconocimiento de tal competencia en una materia como exclusiva de la administración del Estado no comporta, por sí misma, la imposibilidad de que en la materia puedan existir competencias cuya titularidad corresponda a los entes locales. El sistema de fijación o de determinación de competencias del Estado de las Comunidades Autónomas que se verifica en el Título VIII de la Constitución tiene como finalidad el establecer los principios con arreglo a los cuales deben distribuirse las competencias básicas, normativas y de ejecución entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como entes territoriales investidos de autonomía legislativa. Sin embargo, no impide que la ley, dictada con arreglo al esquema competencial citado, reconozca competencias a los entes locales ni anule la exigencia constitucional de reconocer a cada ente local aquellas competencias que deban considerarse necesarias para la protección de sus intereses en forma tal que permita el carácter reconocible de la institución. La autonomía municipal es, en efecto, una garantía institucional reconocida por la Constitución para la “gestión de sus intereses” (artículos 137 y 140 de la Constitución) y hoy asumida en sus compromisos internacionales por el Reino de España (artículo 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de*

1985, ratificada por Instrumento de 20 de enero de 1988). Los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones, en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ello no es obstáculo al derecho que lleva aparejada la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) de ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículo 17 LOT/87 y 43 y siguientes LGT/98). Este principio es plenamente aplicable a las instalaciones por parte de los operadores (sujetos a la sazón al régimen de concesión) que puedan afectar en cualquier modo a los intereses que la Corporación municipal está obligada a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales, derivadas de los riesgos de deterioro de medio ambiente urbano que las mismas puedan originar. Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente. La necesidad de dicha regulación es más evidente, incluso, si se considera el efecto multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberalización en la provisión de redes prevista en la normativa comunitaria (Directiva 96/19/CE, de la Comisión de 13 de marzo, y Ley 11/1998, de 24 de abril General de Telecomunicaciones) y en la nueva regulación estatal. Esta normativa reconoce la existencia de una relación directa entre las limitaciones medioambientales y de ordenación urbana, a las que, sin duda, puede y debe atender la regulación municipal, y las expresadas instalaciones.” En dicha sentencia, también se indica lo siguiente: “10) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales. Por consiguiente, los Ayuntamiento pueden en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en edificios (art. 4.1a) LRBRL y 5 RSCL), tendente a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos (artículo 25.2 a), ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas (artículo 25.2 b), protección civil, prevención y extinción de incendios (artículo 25.2 e), ordenación, gestión ejecución y disciplina urbanística (artículo 25.2 d), protección del medio ambiente (artículo 25.2j), patrimonio histórico-artístico (artículo 25.2 3), Y protección de la salubridad pública (artículo 25.2 j) 20). El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no pueden entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas”.

En lo que respecta al derecho de ocupación del dominio público y privado ni en correspondiente a la recurrente, el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de mayo de 2005, ha declarado: *“Los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones, en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ello no es obstáculo al derecho que lleva aparejada la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) de ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículos 17/LOT/97 y 43 y siguientes LGT).*

Este principio es plenamente aplicable a las instalaciones por parte de los operadores (sujetos a la sazón al régimen de concesión) que puedan afectar en cualquier modo a los intereses que la corporación municipal está obligada a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales, derivadas de los riesgos de deterioro del medio ambiente urbano que las mismas puedan originar.

Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente. La necesidad de dicha regulación es más evidente, incluso, si se considera el efecto multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberalización en la provisión de redes previstas en la normativa comunitaria (Directiva 96/19/CE, de la Comisión de 13 de marzo, y Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones) y en la nueva regulación estatal.

Esta normativa reconoce la existencia de una relación entre las limitaciones medioambientales y de ordenación urbana, a las que, sin duda, puede y debe atender la regulación municipal, y las expresadas instalaciones.

El artículo 17 LOT/87 establecía una importante conexión entre el derecho del operador a establecer la red e infraestructura necesarias para la prestación de los servicios, en el ámbito de las condiciones que establece el artículo 28 de la misma, y los instrumentos de planeamiento urbanístico. En su apartado segundo establecía que en tal sentido, los diferentes instrumentos de ordenación urbanística del territorio deberán tener en cuenta la instalación de servicios de telecomunicación, a cuyo efecto el Órgano encargado de su redacción recabará de la administración la oportuna información. El artículo 18 reconocía el carácter vinculante de estos instrumentos en relación con la obligación de la canalización subterránea y establecía la proporción en que los operadores deben sufragar los costes de construcción de la infraestructura en proporción a su interés urbanístico. De este criterio se ha hecho eco la Jurisprudencia de esta Sala (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1.982, 7 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1986, 15 de octubre de 1988, 23 de noviembre de 1993, 22 de abril, 24 de octubre, 27 de noviembre y 17 de diciembre de 1996 y 11 de febrero de 1.999, entre otras).

Estos mismos principios aparecen hoy desarrollados en los artículos 44 y 45 de la LGT.

De lo expuesto resultan las siguientes consecuencias: 10) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales.

Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de "calas y canalizaciones" o instalaciones en edificios (art. 4.1. a) LRBRL y 5 RSCL), tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos (art. 25. 2. a)), ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas (art. 25.2 b)), protección civil, prevención y extinción de incendios (art. 25.2 c)), ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (art. 25.2 d)), protección del medio ambiente (art. 25.2 f)), patrimonio histórico-artístico (art. 25.2 e)) y protección de la salubridad pública (art. 25.2f)).

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

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

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

Desde el punto de vista del anterior planteamiento general, se han de contrastar los preceptos de la Ordenanza cuya legalidad se cuestiona; así el artículo 13 de la Ordenanza establece la exigencia de que las estaciones base de telefonía se sitúen a "una distancia mínima de 100 metros entre la antena de teléfono móvil y el suelo clasificado como urbano o urbanizable". Lo que puede constituir, como alega la recurrente, una imposibilidad para poder prestar la cobertura necesaria en determinadas zonas, considerando que la distancia impuesta es excesiva, desproporcionada e imprecisa. La limitación impuesta carece de justificación alguna, ningún motivo se articula al respecto, y se ha prescindido de motivar dicha limitación, al no existir dato alguno que permita justificar que razones urbanísticas, paisajísticas de imagen de la ciudad o medioambientales la justifican, cuando todo parece indicar que dicho alejamiento de las instalaciones urbanas a los lugares indicados, suelo declarado urbano o urbanizable, responde al temor de la incidencia que aquellas pudieran tener en la salud humana, lo que impone, por un lado ante la ausencia de causa urbanística o medioambiental que explique o justifique la medida, la anulación de la misma por inmotivada de-

biendo reputarse desproporcionada y arbitraria, sin que sea además competencia municipal el regular una materia que por mor de los artículos 149, 1.16 y 21 de la C.E. corresponde al Estado puesto que las únicas razones que se vislumbran para tal prohibición son razones estrictamente sanitarias competencia del Estado que coartan dicha regulación, no siendo posible al Ayuntamiento de Motril establecer la prohibición por razones de sanidad sin apoyo objetivo que los aval e llegando a ser la medida puramente voluntaria.

Se impugna asimismo el Título I de la Ordenanza en el que se exige, para la obtención de la licencia urbanística la obligación de presentar un plan técnico de desarrollo o información que forman parte de la documentación que los operadores de telefonía móvil han de remitir al Ministerio de Ciencia y Tecnología para el ejercicio de las competencias que le son propias, dicha norma, en cuanto no establece mayores condicionamientos técnicos que los establecidos en la legislación estatal, limitándose a aportar una documentación parcialmente entregada a la administración estatal, no vulnera la competencia y se conecta además con las conclusiones depuestas en los fundamentos anteriores en cuanto que constituye una herramienta para que el Ayuntamiento pueda controlar, al autorizar la apertura, que se respeten los niveles de emisiones radioeléctricas. El hecho de que la instalación de antenas para telefonía móvil esté vinculada a la aprobación de un plan técnico constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia y no pueden considerarse ilegales en cuanto establecen la indicada exigencia y señalan un contenido del plan tendente a garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas para la protección de los edificios, conjuntos catalogados, vías públicas paisajes urbanísticos. Se trata de materias estrechamente relacionadas con la protección de intereses municipales respecto de los que no sólo tiene competencias el Ayuntamiento sino que este tiene encomendada la función de proteger (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2003).

En el artículo 7 de la Ordenanza se exige la figura jurídica inexistente en el ordenamiento jurídico español, al establecer que: “junto al plan técnico, las operadoras deberán presentar un seguro de responsabilidad civil que cubra, de manera ilimitada, posibles afectaciones a los bienes o a las personas”. Seguro de responsabilidad civil referido, para la instalación y no genérico para todas las instalaciones, que cubra de manera limitada posibles afectaciones a los bienes y a las personas. Este requisito no viene impuesto por el Gobierno, como exige el artículo 75 de la Ley 50/1980 del contrato de seguro, ni su exigencia se ampara en las mencionadas competencias municipales que dan cobertura legal a la Ordenanza, por lo que procede la nulidad de dicho apartado.

En el artículo 9 de la Ordenanza se exige que: “Las instalaciones de radio-comunicación utilizan aquella tecnología disponible en el mercado, que comporte el menor impacto ambiental, visual y sobre la salud de las perso-

nas”. Entendiendo la recurrente que se produce un quebranto del principio de neutralidad tecnológica recogida de la legislación básica de telecomunicaciones. Distinta ha de ser la respuesta en cuanto a la anulación del artículo 9 de la Ordenanza, según el cual, las antenas de telefonía móvil habrán de utilizar la mejor tecnología disponible que sea compatible con el mínimo impacto visual, pues en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2003, en la que se planteaba la misma cuestión, ya se indica que: *“dicha exigencia responde a supuestos de discrecionalidad impropia o técnica, de los que cabe hacer uso en las normas reglamentarias, por otra parte, no puede compartirse el motivo de nulidad que se aprecia en la sentencia de instancia, que tras rechazar el argumento del carácter antieconómico de una permanente actualización de las antenas, entiende que conforme a la legislación de Telecomunicaciones, corresponde al Ministerio de Fomento y a las Comunidades Autónomas la evaluación de la conformidad de equipos y aparatos y en esta materia carecen los Ayuntamientos de competencia para elegir o imponer una concreta tecnología, y no se comparte dicho motivo porque con tal exigencia no se incide en la competencia estatal o autonómica sobre la evaluación de equipos y aparatos, sino que se tiene en cuenta tal evaluación como presupuesto, y la previsión de utilización de la mejor tecnología no se efectúa de forma abstracta sino en relación con la consecución de los fines cuya garantía incumbe al Ayuntamiento, con referencia específica a la consecución del mínimo impacto visual, que se configura como prevalente, es decir, en función de los objetivos a los que responde el ejercicio de las competencias municipales y por lo tanto dentro de sus atribuciones”* y aún cuando el artículo 9 cuestionado no sólo se limita al impacto ambiental y visual sino también de la salud de las personas, es claro que los objetivos a los que responde entran dentro del ejercicio de las competencias municipales y por tanto dentro de sus atribuciones”.

El artículo 10 de la Ordenanza dispone que: “El Ayuntamiento por razones urbanísticas, medioambientales o paisajísticas, establecerá la obligación de compartir emplazamiento”. La Ley 11/98, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones impone a los explotadores de redes públicas y prestadores de servicios de telecomunicaciones una serie de obligaciones denominadas “de servicio público”, entre las que destaca la exigencia de la utilización compartida de las infraestructuras al objeto de reducir al mínimo el impacto urbanístico medioambiental derivado del establecimiento incontrolado de redes de comunicaciones, y esa exigencia es la que ha estado presente en la redacción del artículo impugnado evitando que se dupliquen o tripliquen el número de antenas necesarias para cubrir la red; lo único que se pretende es reducir el número de antenas imprescindible ubicando las que sean necesarias en aquellas localizaciones que menos puedan afectar a los vecinos, no obstante, la obligación de compartir existirá siempre que sea viable, por lo que no tendrá lugar si la operadora justifica debidamente la imposibilidad técnica de la utilización compartida.

El artículo 24 de la Ordenanza hace mención a la obligación de revisar las instalaciones de telefonía móvil, estableciendo una duración limitada de 2 años de las licencias para la instalación de equipos de telefonía móvil y ello con la finalidad de que se adapten a la aparición de nuevas tecnologías que ha-

gan posible la reducción del impacto visual y medioambiental. La actora lo considera contrario a derecho por ir en contra del principio de seguridad jurídica, debiendo referirse a la normativa de las autoridades sanitarias en materia de límite de exposición o del Estado sobre normativa técnica de instalaciones, sin embargo, el Ayuntamiento lo que pretende evitar son posibles daños producidos por los equipos sobre los que no se siga un adecuado mantenimiento y las revisiones periódicas. No encontrándose justificación suficiente para anular el precepto, ciertamente la norma nos reenvía a conceptos jurídicos indeterminados, pero no por ello se atenta necesariamente al concepto de seguridad jurídica, siendo de aplicación lo transcrito de la sentencia del Tribunal Supremo en el propio fundamento de que “como técnica normativa es posible y constitucionalmente lícita habitual e inevitable”, será en el caso concreto a través de la labor de reducción de los conciertos utilizados en relación con las circunstancias concurrentes, las que determinen la legalidad o no de las obligaciones que se impongan, incluso de la clausura de la actividad.

El artículo 27 de la Ordenanza concede a los servicios técnicos municipales competencia para realizar inspecciones periódicas para comprobar el adecuado estado de las instalaciones, no tiene que ser precisamente los técnicos del Ayuntamiento quienes realicen las inspecciones, pueden efectuarse por entidades colaboradoras de la administración debidamente acreditadas para realizar la revisión, que podrá fundamentarse en la posible existencia de nuevas tecnologías que hagan posible la reducción del impacto ambiental y visual, como expuso la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2.003. Falta de plazo suficiente para regularización de las instalaciones previstas en la Disposición Transitoria 1ª de 6 meses para las instalaciones que cuenten con licencia de obras a la entrada en vigor de la aprobación de la Ordenanza, o se adecue a lo establecido en la misma o regularicen su situación. Las normas de la Ordenanza proyectan su eficacia al futuro tratando de que las antenas instaladas cumplan las exigencias por ella establecidas, para el otorgamiento de las correspondientes licencias, concediendo un plazo de 6 meses para la obtención de aquellas y para la modificación de las condiciones de las ya instaladas, con sujeción a los nuevos requisitos. Esto supone a lo sumo, una retroactividad de grado mínimo (aplicación de la nueva norma a efectos derivados de una situación anterior, pero surgidas con posterioridad a su entrada en vigor) puesto que debe de interpretarse que en ningún momento se contempla la supresión de las antenas que no sean susceptibles de adaptación a las nuevas condiciones exigidas por la Ordenanza, sino sólo su traslado a adaptación.

En virtud de lo anteriormente expuesto lo procedente es la estimación parcial del recurso con declaración de nulidad de los artículos 7 y 13 de la Ordenanza, desestimando en lo demás el recurso, sin expresa imposición de las costas a las partes conforme a criterios del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción.

(St. de 24 de julio de 2006. Sala de Granda. Se transcribe completa. Ponente Puya Jiménez).

VI. CONTRATOS.

Contratación pública. Incautación de fianza provisional, supuesta retirada de oferta en base a baja temeraria.

Constituye objeto del presente recurso contencioso-administrativo la impugnación por la entidad Construcciones y Pavimentos Jiennenses, S.A, de la resolución del Presidente de la Diputación Provincial de Jaén, de 30 de Agosto de 2000, por la que se acordó “incautar a la empresa referida la garantía provisional depositada para participar en la licitación de referencia JV-2264, Acceso a Chavilla, Refuerzo de firme P.K. 0,000 al 3,000 en Diputación Provincial de Jaén, (CO-2000/236), ascendente a 320.000 pesetas (J .923,24)”.

El fundamento de la pretensión de la recurrente residió en considerar no ajustada a derecho la interpretación contractual llevada a cabo por el órgano administrativo cuando entiende que la falta de justificación de la baja temeraria en la licitación, equivale a retirada injustificada de la proposición económica antes de la adjudicación.

La Administración recurrida solicitó el dictado de una sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo, al considerar que una interpretación finalista y sistemática de los preceptos de la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas, ha de llevar a la idea de la necesidad de garantizar la seriedad de las ofertas económicas presentadas por las empresas licitadoras –de ahí la prevención de la constitución de las fianzas provisionales–, por lo que cabría concluir que siempre que quede frustrada la finalidad de la fianza provisional por causa imputable al contratista, procede decretar la pérdida e incautación de la misma –en este caso por falta de justificación de la baja temeraria en que incurrió la recurrente–.

Así las cosas, la Administración fundamenta su acción de incautación de la garantía de 320.000 pesetas constituida por el recurrente, en el efecto combinado de los arts. 35,2 D... la garantía provisional... será retenida al empresario incluido en la propuesta de adjudicación o al adjudicatario e incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación y 54,3 ... cuando por causas imputables al contratista no pudiese formalizarse el contrato dentro del plazo indicado la Administración podrá acordar, la resolución del mismo, siendo trámite necesario la audiencia del interesado y cuando se formule oposición por el contratista el informe del Consejo de Estado u Órgano consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva; procediendo en tal supuesto la incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios causados, del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio.

Pues bien, como puede apreciarse con claridad, de ninguno de los dos textos legales que quedaron reflejados se deriva la consecuencia jurídica que pretende extraer la Administración, pues ni nos encontramos con una reti-

rada injustificada de la proposición antes de la adjudicación del contrato (art. 35,2 citado), ni ante una falta de formalización del convenio por causa imputable al contratista (art. 54,3 antedicho), en cuyo caso, además, se impondría la necesidad del trámite de audiencia al interesado, e, incluso, el informe del Consejo Consultivo de la respectiva Comunidad Autónoma, en caso de oposición del mismo, no debiendo considerarse, por tanto, conforme a derecho la resolución administrativa impugnada, que quedó sin la precisa cobertura legal; y es que para ello se partió de la presunción de mala fe contractual en la empresa recurrente, en contra del principio general del derecho de que “la buena fe se presume” (STS. de 15 de Febrero de 1991 y 22 de Octubre de 1993) y de que “el que atribuye mala fe a la otra parte, debe probarlo”, lo que no ha ocurrido en el caso, pues tal como esgrime la recurrente en su interpelación “... la empresa no incurre en baja temeraria por su sola oferta, sino cuando la misma es puesta en relación con las demás presentadas...”.

Debiendo estimarse el recurso para decretar la nulidad del acto administrativo.

(St. de 20 de marzo de 2006. Sala de Granada. Ponente Cívico García. Se transcribe completa).

XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES

Farmacias. Población flotante. Cómputo según Padrón Municipal.

Se interpone recurso de apelación contra la sentencia de 7 de julio de 2005 del Juzgado nº 1 de los de Almería, dictada en el marco del procedimiento ordinario nº 427/04, en el que figuró como demandante D. José Carmelo Jorge Blanco y como Administración recurrida la Dirección General de Aseguramiento, Financiación y Planificación de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía.

En la sentencia indicada se vino en desestimar el recurso contencioso-administrativo formulado por el Sr. Jorge Blanco contra la resolución de 11 de mayo de 2004 del organismo referido, desestimatoria, a su vez, de la alzada propugnada contra resolución de 29 de Diciembre de 2003 de la Delegación Provincial en Almería del Departamento de Salud, denegatoria de la solicitud de apertura de nueva oficina de farmacia en la localidad de Vera (Almería), en la Unidad Territorial Farmacéutica de ese nombre.

El recurso de apelación se interpone por el recurrente D. José Carmelo Jorge, mostrando su disconformidad con la doctrina sentada por la sentencia de instancia de excluir del cómputo poblacional la población flotante o de hecho existente en la localidad, manteniendo, antes bien, que no establece doctrina legal al respecto una sola sentencia aislada y errónea de nuestro

Tribunal Supremo, que, además, infringe los principios de libertad y mejor servicio farmacéutico, no habiendo de suponer la nueva norma representada por la Ley 16/97, de regulación farmacéutica la derogación y eliminación de los principios jurisprudenciales preexistentes en la materia.

Quedando, pues, centrada la cuestión a dilucidar, en la inclusión o no en el cómputo de habitantes, de la población flotante o de hecho existente en la Unidad Territorial respectiva, es preciso reseñar que ya esta Sala tuvo ocasión de indicar con doctrina de nuestro Tribunal Supremo de 27 de Abril de 2.005 –dictada en un caso sometido a la regulación del R.D. Ley 11/1996, de 17 de junio, pero perfectamente trasladable al supuesto del caso, en cuanto referido como aquél a solicitud de una nueva oficina de farmacia en Área Básica de Salud, coincidente en esencia con Unidad Territorial Farmacéutica– que “...derogado el criterio municipalista territorial amparado por el R.D. 909/78 en cuanto a las zonas urbanas, y puesto en marcha el régimen sustentado en el concepto de Área Básica de Salud, no puede traerse aquél a éste por un voluntarismo judicial para corregir pretendidas deficiencias en los núcleos de mayor población ni tampoco computar los habitantes de forma distinta a como los determinan unas normas más acordes con los tiempos..., resultando indiscutible que no puede acudirse a la aplicación del principio pro apertura desarrollado al hilo de la aplicación del R.D. 909/78, cuando esta norma reglamentaria se encuentra especialmente derogada en lo que se refiere al régimen de apertura de nuevas oficinas en zonas urbanas, siendo el número de habitantes a tomar en consideración el contemplado en la disposición legal, que parte del concepto de Área Básica de Salud, y... no pudiendo hablarse de infracción de la jurisprudencia aplicable..., pues de ninguna manera puede extrapolarse lo vertido en la amplia panoplia de sentencias esgrimida aplicando el principio pro apertura en atención a la existencia de una amplia población flotante..., que se refería a un supuesto distinto, a saber, el representado por la normativa reglamentaria contenida en el R.D. 909/78, en concepción más restrictiva en su regulación, e inaplicable en el caso”.

Doctrina la reseñada, por demás, que fue establecida también en sentencia de nuestro más Alto Tribunal de 10 de junio de 2.004, que en orden al tema –el cómputo de población en los términos del art. 2.5 de la Ley 16/97– vino a enseñar que D...no es dable que tras la vigencia de esa norma se acudan a los criterios jurisprudenciales establecidos a partir de lo dispuesto en el R.D. 909/78, ya que el legislador, que además ha modificado las normas relativas al Padrón Municipal, ha establecido un régimen concreto y específico, y por ello es exigido que a ese criterio legal se haya de referir cualquier interpretación que pretenda la aplicación de esa norma, sin que sea posible por ello acudir... a los criterios de población real derivados de cualquier medio de prueba..., ni siquiera aunque se hagan al amparo de los que la jurisprudencia había declarado en relación con el mencionado Decreto...”.

No siendo posible, pues, computar para el cálculo la población flotante o de hecho de la UTF, y atendido el número de habitantes de los respectivos pa-

drones municipales, de 30.197 personas, para las 11 oficinas existentes, suficientes para atender 30.800 almas (II X 2.800), no puede sino considerarse conforme a derecho la resolución administrativa atacada, lo que ha de conducir a la desestimación de la apelación, y a la confirmación de la sentencia de instancia.

(St. de 2 de marzo de 2006. Sala de Granada. Se transcribe completa). Ponente Cívico García.