Roj: **SAN 3060/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:3060**

Id Cendoj: **28079230062019100267**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **28/06/2019**
Nº de Recurso: **278/2016**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3060/2019,**
AAAN 1592/2019

FONDO DOCUMENTAL

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000278 / 2016

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **03145/2016**

Demandante: **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**

Demandado: **JUNTA DE ANDALUCIA**

Codemandado: **AYUNTAMIENTO DE JAÉN REPRESENTADO POR LA PROCURADORA Dª LUCÍA PILAR CARAZO GALLO.**

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: **D. RAMÓN CASTILLO BADAL**

S E N T E N C I A Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

Madrid, a veintiocho de junio de dos mil diecinueve.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo **núm. 278/2016** , promovido por el **Abogado del Estado** en defensa y en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra la Resolución del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de Andalucía de 20 de abril de 2016, por la que se desestima la reclamación interpuesta, al amparo del artículo 26 LGUM por la Asociación de Empresas de Electrónica,

Tecnologías de la Información, Telecomunicaciones y Contenidos Digitales (AMETIC). Y como Administración demandada ha comparecido, el Ayuntamiento de Jaén y la Junta de Andalucía, representados y asistidos por los Letrados de sus respectivos Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que:

" estimando el mismo, anulando las resoluciones recurridas, esto es, la Resolución del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de Andalucía de 20 de abril de 2016, por la que se desestima la reclamación del artículo 26 LGUM de la Asociación de Empresas de Electrónica, Tecnologías de la Información, Telecomunicaciones y Contenidos Digitales (AMETIC) y los siguientes artículos del Plan General de Ordenación Urbana de Jaén, en la versión revisada publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) número 37, de 24 de febrero de 2016, mediante Orden de 3 de febrero de 2016 de la Consejería andaluza de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio: Art. 3.66, art.3.8.1, art.7.2, art.10.5.1u), art.17.5 b) c), art.17.6 e) f), art.17.8 a) b) c), art.17.10, art.17.14 a) b) c) d), art.17.16.1 c), art.17.16.3 b), art.17.16.4 a) b) c) d) e) f) g), art.17.16.5 a) b) c) d) e), art.17.16.6 a) c) d), art.17.16.7 art.17.16.8 a) b) c) d) e) f) g) k), art.17.16.9 a) b) c) d) e), art.17.16.10 a) b) c) d) e) f), art.17.16.11, art.17.16.13, art.17.17.1, art.17.1, 17.2 a) b) y art.17.19.

Con expresa imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO. - El Letrado del Ayuntamiento de Jaén contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia por la que se se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

En el mismo sentido, se manifestó la Junta de Andalucía en su escrito de contestación a la demanda.

TERCERO.- Mediante auto de 15 de noviembre de 2016, sin necesidad de abrir el periodo probatorio, se tuvieron por reproducidos los documentos aportados por la recurrente en su escrito de demanda sin prejuzgar sobre su valoración a efectos probatorios.

CUARTO.- Mediante providencia de 17 de julio de 2017, se dio audiencia a las partes para que se pronunciaran sobre la incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de junio de 2017 que declaró inconstitucionales determinados preceptos de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y una vez presentados los respectivos escritos quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo señalándose para ello el día 26 de junio de 2019.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo el Abogado del Estado, en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia interpone recurso contencioso administrativo al amparo del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado contra la Resolución del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de Andalucía de 20 de abril de 2016 por la que se desestima la reclamación interpuesta al amparo del artículo 26 LGUM por la Asociación de Empresas de Electrónica, Tecnologías de la Información, Telecomunicaciones y Contenidos Digitales (AMETIC) y los siguientes artículos del Plan General de Ordenación Urbana de Jaén, en la versión revisada publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) número 37, de 24 de febrero de 2016, mediante Orden de 3 de febrero de 2016 de la Consejería andaluza de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio: Art. 3.66, art.3.8.1, art.7.2, art.10.5.1u), art.17.5 b) c), art.17.6 e) f), art.17.8 a) b) c), art.17.10, art.17.14 a) b) c) d), art.17.16.1 c), art.17.16.3 b), art.17.16.4 a) b) c) d) e) f) g), art.17.16.5 a) b) c) d) e), art.17.16.6 a) c) d), art.17.16.7 art.17.16.8 a) b) c) d) e) f) g) k), art.17.16.9 a) b) c) d) e), art.17.16.10 a) b) c) d) e) f), art.17.16.11, art.17.16.13, art.17.17.1, art.17.17.2 a) b) y art.17.19.g.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en defensa de la CNMC, solicita en su escrito de demanda la nulidad de la resolución administrativa citada así como de los preceptos antes relacionados.

En su demanda explica que el régimen de intervención administrativa diseñado por la revisión del PGOU de Jaén en sus artículos 3, 7, 10 y 17 se concreta en:

La prohibición de instalación de infraestructuras de comunicaciones electrónicas en fachadas y en inmuebles catalogados como históricos o especialmente protegidos.

La imposición de limitaciones normativas o jurídicas consistentes en:

La necesaria solicitud de autorización administrativa previa, aplicación de procedimiento administrativo específico, obligación de compartición de emplazamientos o infraestructuras y deber de presentar proyecto técnico y estudio de impacto visual y ambiental.

La imposición de restricciones o condicionamientos técnicos consistentes en fijación de distancias mínimas, condiciones de ubicación de instalaciones, exigencias de invisibilidad, la fijación de niveles de exposición máximos a campos magnéticos, la imposición del uso de la mejor tecnología disponible en el ámbito de emisiones radioeléctricas y el uso de determinados dispositivos o tecnologías.

Considera que el sometimiento generalizado al control municipal previo o *ex ante* de la instalación de antenas u otras infraestructuras en dominio privado para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público resulta contrario al apartado 6 del artículo 34 LGTel que recoge el principio general de exigencia de "declaración responsable" cuando exista un plan de despliegue de infraestructuras aprobado.

Tampoco procede establecer una prohibición general de instalación de infraestructuras de comunicaciones electrónicas en fachadas, puesto que los artículos 34.5 y 45.4 LGT autorizan dicha instalación cuando no existan canalizaciones subterráneas o situadas en el interior de los edificios.

Asimismo, del artículo 32.2 LGTel y de las SSTS de 24 de febrero de 2015 (RC 2273/2013) y de 17 de marzo de 2016 (RC 1876/2014) se desprende que las autoridades municipales pueden establecer medidas de "fomento" pero no imponer la coubicación o compartición a los operadores.

La fijación de distancias mínimas, el establecimiento de condiciones de ubicación de infraestructuras y las exigencias de invisibilidad de instalaciones desde monumentos puede suponer la imposición a los operadores de un "itinerario" o "ubicación" concretos, infringiendo el artículo 34.3 LGTel. Y, concretamente, en cuanto al establecimiento de distancias y separaciones mínimas que afecten a infraestructuras ubicadas en carreteras, resulta de aplicación preferente la regulación sobre zonas de protección y servidumbres de la Ley estatal 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras y Ley 8/2001, de 12 de julio, de carreteras de Andalucía.

Por otro lado, en cuanto a la fijación de niveles de exposición máximos a campos magnéticos en el PGOU, cabe reiterar lo ya señalado en Informe UM/018/15, de 13 de abril de 2015. Esto es, que el Tribunal Supremo, aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en la STC 8/2012 , ha indicado explícitamente que la Administración local no puede fijar límites de emisión y exposición radioeléctrica distintos a los previstos en la legislación Estatal, en armonía con el artículo 34.4 LGTel ("deberán respetar los (...) límites en los niveles de emisión radioeléctrica tolerable fijados por el Estado"). El Tribunal Supremo así lo ha declarado en sus sentencias de 11 de febrero , 10 de julio y 30 de septiembre de 2013 .

En relación a los límites concretos de exposición fijados por el artículo 17.16.5 del PGOU de Jaén, esto es, de 10 microwatios por centímetro cuadrado (10 ìW/cm^2) para suelo urbano y núcleos de población y de 0,1 ìW/cm² para los centros considerados sensibles, dichos límites no resultan acordes con el Real Decreto 1066/2001 y su Orden CTE/23/2002 de desarrollo, ya que:

El apartado 3.1 del Reglamento aplicable en materia de emisiones (RD 1066/2001) establece límites máximos de exposición en función de la frecuencia de emisión, mientras que el artículo 17.16.5 PGOU fija el nivel máximo de exposición 10 ìW/cm^2 para suelo urbano y núcleos de población "independientemente de la frecuencia de radiación".

En todo caso, los niveles máximos fijados por el artículo 17.16.5 del PGOU de Jaén (10 ìW/cm^2 y 0,1 ìW/cm²) son sustancialmente inferiores y, por tanto, más restrictivos, que los niveles máximos de exposición previstos en la normativa estatal aplicable para las frecuencias más bajas de telefonía móvil usadas actualmente (800 MHz).

En cuanto a la imposición de determinadas soluciones tecnológicas concretas (uso de antenas duales y tribandas en el artículo 17.16.8 PGOU; adopción de sistemas inalámbricos o vía satélite en el artículo 17.6 PGOU), dicha imposición resulta prohibida por el artículo 34.3 LGTel ("no podrán (...) imponer soluciones tecnológicas concretas, itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas"), además de resultar contraria al principio de neutralidad tecnológica del artículo 3 h) LGTel.

Finalmente, con relación a la exigencia de disponer de la "mejor tecnología disponible" o "posible" exigida en el artículo 17.16.13 PGOU, en las SSTS de 24 de febrero de 2015 (RC 2273/2013) y 17 de marzo de 2016 (RC 1876/2014) se recuerda que al Estado es a " *quien compete establecer un régimen uniforme en esta materia".*

La aplicación de la LGUM a las limitaciones a la instalación de infraestructuras de comunicaciones ha sido analizada en distintos informes de esta Comisión, citando entre otros, los Informes UM/76/14 de 2 de enero de 2015, UM/031/15 de 26 de junio de 2015 y UM/037/15 de 20 de julio de 2015.

Tras citar el artículo 5 y 17.1 de la LGUM que dispone que se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización, entre otros supuestos, *"respecto de las instalaciones oinfraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas,cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entornourbano y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación deuna declaración responsable o de una comunicación"*.

Advierte que el apartado 2 del mismo artículo 17 LGUM, prevé que *"se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para exigir la presentación de una declaración responsable para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas, cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean justificados"*.

Recuerda que tanto el artículo 17.2 LGUM como también el artículo 84.bis.2 de la 84.bis.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) se remiten a la normativa sectorial aplicable, esto es, a la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, para realizar el test de necesidad y proporcionalidad de los artículos 5 y 17 LGUM.

Destaca que, como indicó la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) en su Informe de 27 de junio de 2014:

"...una instalación o infraestructura física puede estar sometida a un régimen de autorización pero únicamente cuando concurran determinadas razones de interés general y siempre tras la realización de un test previo de proporcionalidad en el que quede acreditado que estas razones no pueden salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación. La normativa sectorial aplicable (LGTel) ha realizado este test de proporcionalidad previo, al considerar que la declaración responsable es la actuación administrativa necesaria y proporcionada para salvaguardar las razones imperiosas de interés general que se esgrimen en determinados supuestos establecidos en la citada Ley."

Entiende por ello, de conformidad con los artículos 84.bis.2 del TRLBRL (razones imperiosas de interés general aplicables por las entidades locales) y 34.4 LGtel (observancia de la normativa sectorial de telecomunicaciones) que:

No pueden alegarse razones medioambientales o de protección para la seguridad y salud públicas para fijar distancias mínimas de seguridad o límites de emisión, tal y como se indicó en el Informe UM/018/15, de 13 de abril de 2015.

No puede someterse a licencia o autorización previas, inclusive la medioambiental, la instalación en dominio privado de infraestructuras de comunicaciones electrónicas que reúnan los requisitos previstos en el artículo 34.6 LGTel, según se señalaba en el Informe UM/076/14, de 2 de enero de 2015 (existencia de plan previo de despliegue aprobado).

No pueden establecerse prohibiciones absolutas de instalación de infraestructuras aéreas o en fachadas, salvo en los casos que pueda afectar a la seguridad pública (que no es el caso estudiado) o que se trate de edificaciones que formen parte del patrimonio histórico-artístico. Así se indicó en anterior Informe UM/073/14, de 23 de diciembre. En el supuesto objeto del presente informe, debería señalarse en el PGOU que solamente están sujetos a esta prohibición los edificios catalogados como patrimonio histórico, en aplicación de los ya citados artículos 19.3 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico y 33.2 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía .

Los citados preceptos establecen: *"Queda prohibida la colocación de publicidad comercial y de cualquier clase de cables, antenas y conducciones aparentes en los Jardines Históricos y en las fachadas y cubiertas de los Monumentos declarados de interés cultural. Se prohíbe también toda construcción que altere el carácter de los inmuebles a que hace referencia este artículo o perturbe su contemplación"*.

Asimismo: *"Queda prohibida la colocación de publicidad comercial y de cualquier clase de cables, antenas y conducciones aparentes en los Jardines Históricos y en las fachadas y cubiertas de los Monumentos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19"*.

En ningún caso, sostiene el Abogado del Estado, pueden fijarse o imponerse soluciones tecnológicas concretas, ni itinerarios o ubicaciones concretas para instalar infraestructuras de comunicaciones electrónicas, según prevé el artículo 34.3 LGTel. Tampoco procede imponer la compartición de infraestructuras al tratarse de una competencia no municipal (art.32.2 LGTel).

Y, en general, no pueden fijarse otros requisitos que no estén basados en razones de interés general y que no sean proporcionados a estas últimas, de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad previstos tanto en el artículo 5 LGUM como en el artículo 34.4 LGTel.

Concluye el Abogado del Estado, que la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía debería haber observado, al igual que el Ayuntamiento tanto lo dispuesto en la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones como los principios de la LGUM, puesto que ambas Leyes ya se encontraban en vigor cuando se produjo la aprobación definitiva parcial (3 de octubre de 2014) y completa (3 de febrero de 2016) de la revisión del PGOU, de conformidad con la disposición transitoria novena de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones en cuanto prevé que: *"La normativa y los instrumentos de planificación territorial o urbanística elaborados por las administraciones públicas competentes que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas deberán adaptarse a lo establecido en los artículos 34 y 35 en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley ."*

TERCERO.- El Ayuntamiento de Jaén, en su escrito de contestación a la demanda explica que el documento de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Jaén, sobre el que se solicitó la aprobación definitiva a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, fue aprobado inicialmente por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el 16 de octubre de 2012, de aprobación de las modificaciones efectuadas respecto del Documento de Revisión del PGOU y el Estudio de Impacto Ambiental, aprobados inicialmente el 29 de febrero de 2012.

Destaca que en la tramitación municipal del PGOU de Jaén, se efectuaron por el Pleno de este Ayuntamiento, las aprobaciones inicial y provisional los días 16 de octubre de 2012 y 28 de abril de 2014, respectivamente.

Tras la última aprobación municipal, por Resolución de la Dirección General de Urbanismo, de fecha 8 de mayo de 2014, se consideró completo el expediente, conforme la previsión del art. 32.4 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).

Por tanto, la legislación sectorial que se tuvo en cuenta para elaborar el documento de la Revisión del PGOU fue la vigente en el momento del Acuerdo Plenario de 29 de febrero de 2012. Éste es el último Acuerdo en el que se ejercieron potestades planificadoras por parte del Ayuntamiento, con modificaciones del documento que hizo preciso someterlo a un nuevo trámite de información pública y solicitud de nuevos informes sectoriales, de acuerdo con el artículo 32.1. 2º de la LOUA.

La legislación vigente en aquel momento en materia de telecomunicaciones era la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, emitiéndose durante la fase de tramitación municipal los informes pertinentes en esa materia.

As í pues, la revisión del PGOU se aprobó por Orden de 3 de octubre de 2014, supeditando la entrada en vigor de la normativa de dicho Plan a la presentación por parte del Ayuntamiento de un documento de cumplimiento que constara, exclusivamente, de las correcciones de las simples deficiencias señaladas en los respectivos informes de la Dirección General de Urbanismo y de su Servicio de Planeamiento Urbanístico, el cual, con fecha 20 de enero de 2016 emite informe sobre el Documento de corrección del Documento de simple subsanación de deficiencias en cumplimiento de la referida Orden por la que se aprobó la revisión del PGOU de Jaén.

En dicho informe se abordó el tratamiento de las telecomunicaciones determinándose la subsanación por parte del Ayuntamiento de las deficiencias señaladas en la Orden, pero advirtiendo que, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Novena de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones , dicha corporación debía adaptar la Normativa Urbanística del PGOU a la nueva LGTEL.

En consecuencia, la legislación vigente en materia de telecomunicaciones resultaba ser la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que estuvo vigente hasta el día 10 de mayo de 2014, y que fue derogada por la nueva Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones, que entró en vigor el día 11 de mayo de 2014.

De este modo, la normativa de la Revisión del PGOU de Jaén debe ajustarse a la legislación sectorial vigente al tiempo de la aprobación inicial del Plan, sobre el que recayó la Orden de 3 de octubre de 2014 de aprobación definitiva, sin perjuicio de la obligación que tiene el Ayuntamiento de Jaén de adaptar el PGOU a la nueva Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones.

Da do que la legislación vigente en el sector prevalece sobre las determinaciones del PGOU (que como la jurisprudencia ha reiterado, tiene naturaleza jurídica reglamentaria), en cuanto esté la contradiga, entiende que el cauce a seguir para que el Plan se adapte a la nueva legislación no es del de la impugnación y anulación de artículos de ese Plan, sino el de promover la modificación del mismo conforme a los cauces procedimentales administrativos con el objeto de adaptar sus determinaciones a las de la nueva Ley. Y así lo prevé la nueva

Ley General de Telecomunicaciones en su Disposición Transitoria Novena , que no establece la nulidad de los Planes anteriores, sino que exige la adaptación de los PGOU a la misma, siguiendo, como no puede ser de otra manera, el procedimiento administrativo correspondiente de revisión o modificación del PGOU.

La situación jurídica actual es la de un PGOU, que, según la actora, en materia de telecomunicaciones contraviene, en algunos puntos, las determinaciones de una nueva Ley General de Telecomunicaciones posterior a la aprobación de aquél. Por tanto, prevalecerá lo establecido en la Ley sobre lo establecido en el Plan. Y estas discrepancias se producirán siempre que se produzca una modificación legal en materia que afecte a la planificación urbanística. Por tanto, de nada sirve instar la nulidad de esos artículos del Plan cuando la propia Ley es aplicable y, cuando ésta obliga a la adaptación del Plan.

Con la nulidad pretendida por la parte actora lo único que se conseguiría es la declaración de nulidad de unos artículos del Plan, ya de por sí ineficaces por la entrada en vigor de la nueva Ley. Por lo que la medida pretendida en la demanda resulta del todo ineficaz jurídicamente.

CUARTO.- Por su parte, la Junta de Andalucía, en su escrito de contestación, sostiene que la Ley 9/2014 no resultaba de aplicación teniendo en cuenta el tenor de su propia Disposición transitoria novena que no habla de documentos aprobados, ni publicados sino elaborados.

Teniendo en cuenta que el documento del PGOU ya estaba elaborado (aprobado inicialmente, e incluso provisionalmente) en el momento de la entrada en vigor de la Ley, es evidente que le es aplicable la D.T. 9ª de la ley y por tanto la obligación genérica de adaptarse a la legislación sobrevenida en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley.

Por tanto, la actuación de la Junta cuando aprobó la Revisión del PGOU, fue acorde con la legalidad que le resultaba de aplicación al instrumento elaborado, la Ley 32/2003, sin perjuicio, por supuesto, de la obligación que tiene el Ayuntamiento de Jaén de adaptar el PGOU revisado a la nueva Ley 9/2014 de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, de conformidad con su Disposición Transitoria Novena .

Así resulta de la Jurisprudencia del TS que declara que la normativa aplicable al PGOU es la vigente en el momento de la aprobación provisional, salvo que la normativa posterior sobrevenida establezca un modelo de ciudad totalmente distinto, circunstancia que no es la acaecida en este caso. La STS de 7 de Noviembre de 2014, en el rec. 2896/2012 ; o la STS de 4 de Mayo de 2016, rec. 3278/2014 y las en ella citadas, advierten que el inicio del procedimiento para la aprobación determina la vigencia de las normas que lo regulan.

Nunca ha discutido la obligatoriedad de la DT Novena de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones , y, por tanto, la obligación que pesa sobre el Ayuntamiento, de adaptar su planeamiento ya aprobado y que se encontraba afectado por dicha Disposición Transitoria, pero esto no puede ser confundido con la pretensión anulatoria y de la nulidad de los preceptos del PGOU Revisado.

Los preceptos cuestionados se adecuaban perfectamente a la legalidad aplicable en el momento de su aprobación.

Cuestión distinta y que excede las competencias de esta Administración, es la de que exista una obligación de adaptación a la Ley 9/2014 que pese sobre el Ayuntamiento en el ejercicio de sus competencias Urbanísticas. Recuerda que el obligado a la adaptación en los términos de la DTª 9 ya citada es el Ayuntamiento, y no la Junta de Andalucía.

QUINTO.- Conviene precisar que el empleo del procedimiento previsto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, responde a la idea de garantizar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión. Art. 1 de la Ley

No es, por tanto, un mecanismo más de depuración de infracciones jurídicas o de delimitación de competencias entre Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales sino un procedimiento que pretende examinar la efectiva aplicación de los principios dirigidos a garantizar la libertad de establecimiento y de circulación garantizar haciendo así posible el libre ejercicio de las actividades económicas en todo el territorio nacional.

Solo así podemos entender que a través de éste procedimiento podamos enjuiciar la legalidad de un instrumento de planeamiento urbanísitico, en éste caso, la revisión del PGOU de Jaén, para lo que la Ley Jurisdiccional atribuye competencia a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, conforme a su art. 10.1.b).

Por lo tanto, solo desde aquella perspectiva, de la denuncia de aquellos principios y garantías que protegen el libre acceso y ejercicio de las actividades económicas en todo el territorio nacional puede entenderse la impugnación de la actuación administrativa impugnada al amparo del procedimiento previsto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, pues, en otro caso, habría que acudir a un recurso contencioso administrativo ordinario.

SEXTO.- Hecha esta precisión, la demanda antes expuesta plantea que las restricciones y obligaciones que establece el PGOU de Jaén, en relación con el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas, impone requisitos innecesarios y desproporcionados infringiendo los artículos 5 y 17 de la LGUM, en la medida que implican restricciones absolutas al derecho de ocupación de los operadores o bien límites más restrictivos que los previstos en la normativa sectorial, no suficientemente justificados y sin alternativas que garanticen una disponibilidad de oferta suficiente de espacios físicos para la ubicación de infraestructuras.

Debemos, por tanto, analizar si el Ayuntamiento de Jaén y posteriormente la Junta de Andalucía al aprobar definitivamente la revisión del PGOU mediante el dictado de la resolución administrativa ahora impugnada ha tenido en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013 , de garantía de la unidad de mercado. Dicho precepto dispone:

"1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier limite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica".

Y el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio prevé como "razones imperiosas de interés general":

"...razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas a las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural".

Y el artículo 17.1.a) de la Ley 20/2013 dispone que podrá establecerse la exigencia de una autorización siempre que concurran los principios de necesidad y proporcionalidad y estará, en su caso, justificada la autorización respecto de los operadores económicos *"cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad".*

Recordemos que los artículos 5 y 17 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado se han declarado conformes a la CE por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 22 de junio de 2017 y respecto de los mismos ha señalado que:

" *El articulo 5 supone:*

i) Por un lado, una limitación de aquellas razones o finalidades legitimas que pueden justificar que los poderes públicos autonómicos afecten al libre acceso y al libre ejercicio de las actividades económicas, pues el precepto establece, por remisión al artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , una relación de las razones o finalidades que pueden justificar la intervención pública. En el artículo 5 de la Ley 20/2013, el Estado ha fijado, de forma tasada, aquellos objetivos que podrían justificar el establecimiento de límites y requisitos a las actividades económicas por parte de los poderes públicos autonómicos al ejercer sus propias competencias sectoriales (sobre vivienda, asistencia social, comercio interior, turismo....), restringiendo su capacidad de promover, mediante el establecimiento de requisitos o limites sobre el ejercicio de la actividad económica, cualquier otra finalidad constitucionalmente legitima que no se encuentre recogida en el listado del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 .

ii) Por otro, el sometimiento de todas las regulaciones públicas que afecten al libre acceso o al libre ejercicio de las actividades económicas al denominado principio de proporcionalidad, principio que exige someter aquellas regulaciones a la comprobación de que sean proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada y a la comprobación de que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

En este punto, el articulo 5 supone el sometimiento de todas aquellas regulaciones públicas que limiten o condicionen el libre acceso y el libre ejercicio de las actividades económicas a un escrutinio más incisivo que aquel que se deriva directamente del art. 38 de la CE , pues de acuerdo con la doctrina de este Tribunal que ha interpretado este último precepto, "cuando se trata de regulaciones que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma" ...el canon de constitucionalidad empleado por la jurisprudencia de este Tribunal, permite verificar si esas medidas son "constitucionalmente adecuadas", esto es, si la medida cuestionada "constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador de una legitima opción política (STC 53/2014, de 10 de abril , FJ7º ".

Sigue diciendo el Tribunal Constitucional:

"El art. 17 de la Ley 20/2013 , una vez establecido en el art. 5 el principio general de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, reglamenta la instrumentación de aquel principio en relación con aquellas regulaciones públicas que establecen la exigencia de una autorización, de una declaración responsable y de una comunicación. Es decir, si el art. 5, por un lado, restringe las razones y fines que pueden legitimar el establecimiento de condiciones y requisitos al acceso y al ejercicio de las actividades económicas, y por otro, somete al principio general de necesidad y proporcionalidad a todas aquellas regulaciones públicas que puedan establecer tales condiciones y requisitos; y desarrolla la aplicación de aquel principio en el concreto supuesto de los controles administrativos previos y restringe las razones y fines disponibles en el caso de las autorizaciones.

En efecto, en el caso de aquellas regulaciones públicas que establezcan la exigencia de una autorización, el articulo 17.1 exige, por un lado, que la concurrencia de los principios de necesidad y proporcionalidad se motiven suficientemente en la propia Ley que establezca dicho régimen...Y por otro, restringe aún más aquellas concretas razones imperiosas de interés general que pueden justificar la exigencia de autorización, pues respecto a los operadores económicos solo se puede exigir aquella por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad.....

....

Por tanto, en el caso de las autorizaciones, las razones imperiosas de interés general que las justifican no serían todas aquellas a las que se remite el art. 5 de la Ley 20/2013 , y que se contienen en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sino solo aquellas razones explícitamente recogidas en el propio art. 17.1".

SÉPTIMO.-. A partir de aquí y una vez expuestos los razonamientos de las partes, vemos como ni el Ayuntamiento de Jaén ni la Junta de Andalucía cuestionan el fundamento de las pretensiones ejercidas ni las vulneraciones de los preceptos de la Ley 20/2013 en relación con la Ley 9/2014, que denuncia el Abogado del Estado, en nombre de la CNMC.

Aquellas se amparan únicamente en que se sujetaron a la legalidad aplicable, que entienden es la Ley 32/2003, de 3 de noviembre sin necesidad de reconocer la necesidad de adaptación del PGOU a la ley 9/2014 antes de su aprobación definitiva, tal y como exige la Disposición Transitoria 9º de dicha Ley, que dispone lo siguiente:

" *La normativa y los instrumentos de planificación territorial o urbanística elaborados por las administraciones públicas competentes que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas deberán adaptarse a lo establecido en los artículos 34 y 35 en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley."*

La cuestión ha sido resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2019, rec.1605/2017 al precisar como cuestión que presenta interés casacional el alcance que presenta la omisión del informe que contempla el artículo 35.2 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones sobre los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial o urbanística que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas.

El citado art. 35.2 dice que:

" *Los órganos encargados de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial o urbanística que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas deberán recabar el oportuno informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Dicho informe versará sobre la adecuación de dichos instrumentos de planificación con la presente Ley y con la normativa sectorial de telecomunicaciones y sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial a que se refieran.*

El referido informe preceptivo será previo a la aprobación del instrumento de planificación de que se trate y tendrá carácter vinculante en lo que se refiere a su adecuación a la normativa sectorial de telecomunicaciones,

en particular, al régimen jurídico de las telecomunicaciones establecido por la presente Ley y su normativa de desarrollo, y a las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas, debiendo señalar expresamente los puntos y aspectos respecto de los cuales se emite con ese carácter vinculante.

El Ministerio de Industria, Energía y Turismo emitirá el informe en un plazo máximo de tres meses. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 83.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , transcurrido dicho plazo, el informe se entenderá emitido con carácter favorable y podrá continuarse con la tramitación del instrumento de planificación.

A falta de solicitud del preceptivo informe, no podrá aprobarse el correspondiente instrumento de planificación territorial o urbanística en lo que se refiere al ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones.

En el caso de que el informe no sea favorable, los órganos encargados de la tramitación de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial o urbanística dispondrán de un plazo máximo de un mes, a contar desde la recepción del informe, para remitir al Ministerio de Industria, Energía y Turismo sus alegaciones al informe, motivadas por razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial.

El Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a la vista de las alegaciones presentadas, emitirá un nuevo informe en el plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de las alegaciones. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 83.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , transcurrido dicho plazo, el informe se entenderá emitido con carácter favorable y podrá continuarse con la tramitación del instrumento de planificación. El informe tiene carácter vinculante, de forma que, si el informe vuelve a ser no favorable, no podrá aprobarse el correspondiente instrumento de planificación territorial o urbanística en lo que se refiere al ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones."

La citada sentencia del Tribunal Supremo examina el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Cantabria contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de dicho territorio que había anulado el PGOU de Laredo por la falta del informe del art. 35.2 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones , rechazando el argumento de la Administración de que resultaba inaplicable la ley 9/2014 y que se habían cumplido las determinaciones de la Ley 32/2003.

La Sala de instancia analizaba el mismo argumento que aquí suscita la Junta de Andalucía, a propósito de la interpretación de la Disposición Transitoria 9ª de la Ley 9/2014 , resolviendo que:

"el término "elaborados" no se refiere a los planes en tramitación, sino que equivale a planes vigentes al entrar en vigor la ley 9/2014 (11 de mayo de 2014). Así se deriva del fin de la DT, pues la misma establece la adaptación de los planes al nuevo régimen legal y se adapta lo que ya existe, lo que rige de conformidad con la normativa precedente y, por eso, ha de procurarse que se ajuste a la nueva normativa; el plan que está por nacer cuando entra en vigor la nueva ley no tiene necesidad alguna de adaptarse pues puede, mejor, debe cumplir con la nueva ley. Por lo tanto, si el PGOU no estaba aprobado definitivamente cuando entró en vigor la ley 9/2014, era esta ley la que debía aplicarse a la hora de ajustar el contenido del plan a la normativa sobre telecomunicaciones ."

La Sala de instancia concluye por ello que "si *el PGOU no estaba aprobado definitivamente cuando entró en vigor la ley 9/2014, era esta ley la que debía aplicarse a la hora de ajustar el contenido del plan a la normativa sobre telecomunicaciones. Y, en cualquier caso, el planteamiento de la demandada, aun admitiéndolo (en hipótesis dialéctica), conduce inexorablemente a la aplicación del trámite de informe preceptivo dispuesto en el art. 35.2 de la Ley 9/2014 , pues, la DT 9º de ésta ordena la adaptación a lo establecido en lo arts. 34 y 35, lo que obligaba a solicitar dicho informe antes de la aprobación definitiva del PGOU."*

El Gobierno de Cantabria, al recurrir en casación, no discute esa interpretación sino el alcance que presenta la falta del informe del art. 35 de la Ley 9/2014 , entendiendo que su omisión no puede conllevar la invalidez del plan.

El Tribunal Supremo, sin embargo, interpreta que *"el despliegue de las redes públicas de telecomunicaciones electrónicas constituye, conforme ya adelantamos, una de las determinaciones mínimas de todo Plan General, consecuentemente ha de concluirse que sin esas determinaciones mínimas no se puede aprobar definitivamente tal instrumento de planeamiento. Pues bien, esa falta de determinación del despliegue de las redes públicas de telecomunicaciones es lo que ocurre en el supuesto de autos por falta de la solicitud del informe preceptivo, en cuanto mal puede afirmarse la existencia de determinación cuando el órgano competente para establecerla no ha podido pronunciarse sobre las propuestas en el proyecto del plan. Pero es que además carece de todo sentido que pueda entenderse aprobado definitivamente un plan general a excepción, como propugna la administración recurrente, de las determinaciones en materia de telecomunicaciones, y es que la incuestionable incidencia que la red de telecomunicaciones tiene en otras esferas del planteamiento, hasta el punto de que algunas*

de estas pueden verse condicionadas por aquella, impide considerar que los planes generales se aprueben definitivamente sin hallarse determinada el despliegue de dicha red."

OCTAVO.- Partiendo de esa misma doctrina, pues coincide esta Sala que responde a la correcta interpretación de la Disposición Transitoria Novena de la Ley 9/2014 , entendemos que al no estar aprobada definitivamente la revisión del PGOU de Jaén cuando entró en vigor la Ley 9/2014, eran aplicables sus determinaciones.

Efectivamente, la Ley 9/2014 entró en vigor el 11 de mayo de 2014 (disposición final undécima), por lo que, desde el 11 de mayo de 2015, existía, conforme a aquella DT la obligación de adaptar el PGOU de Jaén a las prescripciones de aquella y la Orden de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, de 3 de febrero de 2016, por la que se dispone la publicación de una revisión del PGOU de Jaén, contraria a la Ley 9/2014, infringe lo dispuesto en la disposición transitoria novena .

No se trata, como sostienen Ayuntamiento y Junta de Andalucía de proceder a una adaptación futura del PGOU a la Ley 9/2014, sino que el Plan, en tanto no estuviera aprobado definitivamente y no lo estuvo hasta el 3 de febrero de 2016 tenía obligación de cumplir lo dispuesto en la Disposición Transitoria 9 ª de aquella Ley, que remite a lo establecido en los arts. 34 y 35 de aquella y ya hemos visto que, como afirma el Tribunal Supremo, la falta de las determinaciones mínimas sobre el despliegue de las redes públicas de telecomunicaciones electrónicas, impide la aprobación definitiva del plan.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida y de los preceptos impugnados.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA al haberse estimado el recurso contencioso administrativo procede imponer las costas procesales causadas en esta instancia a las Administraciones demandadas.

FALLAMOS

Que **DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso contencioso administrativo núm. 278/2016, promovido por el **Abogado del Estado** en defensa y en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al amparo del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado contra la Resolución del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de Andalucía de 20 de abril de 2016, por la que se desestima la reclamación del artículo 26 LGUM de la Asociación de Empresas de Electrónica, Tecnologías de la Información, Telecomunicaciones y Contenidos Digitales (AMETIC) y los siguientes artículos del Plan General de Ordenación Urbana de Jaén, en la versión revisada publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) número 37, de 24 de febrero de 2016, mediante Orden de 3 de febrero de 2016 de la Consejería andaluza de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio: Art. 3.66, art.3.8.1, art.7.2, art.10.5.1u), art.17.5 b) c), art.17.6 e) f), art.17.8 a) b) c), art.17.10, art.17.14 a) b) c) d), art.17.16.1 c), art.17.16.3 b), art.17.16.4 a) b) c) d) e) f) g), art.17.16.5 a) b) c) d) e), art.17.16.6 a) c) d), art.17.16.7 art.17.16.8 a) b) c) d) e) f) g) k), art.17.16.9 a) b) c) d) e), art.17.16.10 a) b) c) d) e) f), art.17.16.11, art.17.16.13, art.17.17.1, art.17.1, 17.2 a) b) y art.17.19, resolución y preceptos que anulamos por no ser conformes a derecho.

Se imponen las costas procesales causadas en esta instancia a las Administraciones demandadas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 04/07/2019 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ