

**SENTENCIA Nº 3673/2019**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA**

**RECURSO DE APELACION Nº 405/19**

**ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:**

**PRESIDENTE**

D.:

**MAGISTRADOS**

Dª.

D.

D.

Sección Funcional 1ª

En la ciudad de Málaga, a diez de diciembre de dos mil diecinueve.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el recurso de apelación registrado con el número de rollo 405/19, interpuesto en nombre de representados por el Procurador de los Tribunales Dª. , contra la sentencia 391/18, de 5 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Málaga en el seno del procedimiento ordinario 733/16, habiendo comparecido como apelado el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE FUENGIROLA, representado por el Sr. Letrado Consistorial, se procede a dictar la presente resolución.


Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación de se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Fuengirola de fecha 26 de agosto de 2016 por la que se desestima el recurso de reposición planteado contra la resolución de fecha 25 de enero de 2016 por la que se deniega la licencia de obras para la legalización de la instalación de telefonía móvil

Código Seguro de verificación:qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	_____ _____ _____ _____	J/01/2020 13:08:04 21/01/2020 11:34:11 : 27/01/2020 08:29:33 !7/01/2020 12:44:12 27/01/2020 13:25:24	FECHA	27/01/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrq==	PÁGINA	1/12



qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrq==



existente en el edificio (                      ) sito en la                      num.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 5 de Málaga dictó, en este recurso contencioso-administrativo tramitado con el nº PO 733/16, sentencia de fecha 5 de noviembre de 2018 por la que desestimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto.

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia por la recurrente se interpuso Recurso de Apelación, en el que se exponen los correspondientes motivos y que fue admitido a trámite, y del que se dio traslado a las partes personadas, oponiéndose a la estimación del recurso la representación procesal de la Administración demandada, se remitieron seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo.

**CUARTO.-** No habiéndose solicitado celebración, practicada prueba documental en segunda instancia a propuesta de la apelante, y tras la presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo, designándose ponente y señalándose seguidamente día para votación y fallo, fecha en que tuvo lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución del Ayuntamiento de Fuengirola de fecha 26 de agosto de 2016 por la que se desestima el recurso de reposición planteado contra la resolución de fecha 25 de enero de 2016 por la que se deniega la licencia de obras para la legalización de la instalación de telefonía móvil existente en el edificio sito en la                      num.                      .

Razona la sentencia de instancia que no se desprende vulneración alguna de la normativa estatal de telecomunicaciones por la normativa del PGOU en tanto que no se justifica que la limitación contenida en el mismo constituya una restricción absoluta o desproporcionada para la instalación de antenas de telefonía. La omisión de informe preceptivo del art. 35 de LGTel puede considerarse a lo sumo como un vicio de anulabilidad pero en el caso concreto no ha generado indefensión a la recurrente. No resulta posible adquirir por silencio administrativo positivo licencias urbanísticas cuando su contenido entra en contradicción con el planeamiento.

Frente a esta sentencia se alza la recurrente en base a los siguientes motivos de apelación: 1) Incongruencia y falta de motivación de la sentencia que no evacua las alegaciones de la recurrente ni valora la totalidad de la prueba. 2) Error en la aplicación de la normativa invocada y de la jurisprudencia que la interpreta, para llegar



Código Seguro de verificación: qSsrZHdZqDtAZ4GHszTzrq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	_____ _____ _____ _____	0/01/2020 13:08:04 21/01/2020 11:34:11 27/01/2020 08:29:33 01/2020 12:44:12 27/01/2020 13:25:24	FECHA	27/01/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	qSsrZHdZqDtAZ4GHszTzrq==	PÁGINA	2/12



qSsrZHdZqDtAZ4GHszTzrq==

a la conclusión igualmente errónea de que no se ha incurrido en una restricción desproporcionada de la libertad de instalar bases de telefonía móvil por el art. 8.2.47 del PGOU de Fuengirola. 3) La licencia de obras para la legalización de la instalación de telefonía móvil se ha adquirido por silencio administrativo positivo por el transcurso del plazo de tres meses desde que se presentó la solicitud de legalización sin resolución expresa, deviniendo nula la resolución expresa ulterior que desconoce el sentido estimatorio del silencio ganado.

La Administración aquí apelada se opone el recurso de apelación planteado y solicita la confirmación de la sentencia apelada en base a sus propios fundamentos que deben motivar la desestimación del recurso de apelación planteado, en el entendido de que no se puede entender adquirida por silencio positivo la licencia de legalización que queda sometida al plazo específico de un año previsto para la resolución del procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística perturbada en el art. 182.5 de LOUA. Correcta valoración del órgano a quo acerca de la inexistencia de una limitación desproporcionada a la posibilidad de las operadoras de instalar antenas de telefonía móvil en el municipio.


**SEGUNDO.-** Por razones de mejor sistemática en orden a resolver la pretensión principal de la apelante, de que se le reconozca el derecho a la obtención de la licencia de legalización, se abordara en primer término el motivo del recurso de apelación que planteado en segundo lugar ataca la conclusión alcanzada por la sentencia apelada en cuya virtud no resulta posible la adquisición de licencias urbanísticas por silencio administrativo positivo cuando éstas son contrarias al planeamiento.

Rechazamos nosotros el presupuesto temporal del que parte la apelante para considerar que debe entenderse adquirida de licencia de legalización de la instalación por silencio administrativo positivo.

En este punto recordamos que el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística perturbada, en el que se integra la posibilidad de obtener una licencia de legalización respecto de construcciones erigidas sin licencia o con exceso respecto de la concedida, queda sujeto al plazo de un año, no de tres meses como sugiere la recurrente en aplicación de lo previsto en el art. 42.3 de LRJAP y PAC.

Así lo previene el art. 182 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, de aplicación al caso por razón de su especialidad, cuando establece que *“El restablecimiento del orden jurídico perturbado por un acto o un uso objeto de la suspensión a que se refiere el artículo anterior, o que no estando ya en curso de ejecución se haya terminado sin la aprobación o licencia urbanística preceptivas o, en su caso, orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones de las mismas, tendrá lugar mediante la legalización del correspondiente acto o uso o, en su*



<p>Código Seguro de verificación: qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <a href="https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/">https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/</a> Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.</p>			
FIRMADO POR	<p>20/01/2020 13:08:04</p> <p>21/01/2020 11:34:11</p> <p>27/01/2020 08:29:33</p> <p>27/01/2020 12:44:12</p> <p>27/01/2020 13:25:24</p>	FECHA	27/01/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrq==	PÁGINA 3/12
 <p>qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrq==</p>			



caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, dependiendo, respectivamente, de que las obras fueran compatibles o no con la ordenación vigente.

2. Cuando las obras pudieran ser compatibles con la ordenación urbanística vigente, al suspenderse el acto o el uso o, en el supuesto en que uno u otro estuviera terminado, al apreciarse la concurrencia de alguna de las circunstancias señaladas en el apartado anterior, se requerirá al interesado para que inste la legalización en el plazo de dos meses, ampliables por una sola vez hasta un máximo de otros dos meses en atención a la complejidad del proyecto, o proceda a ajustar las obras al título habilitante en el plazo previsto en el mismo.

(...)

5. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa que recaiga en el procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado será de un año a contar desde la fecha de su iniciación”

En nuestro caso se presenta licencia el 11 de mayo de 2015, (expediente incoado a la comunidad en 25 de febrero de 2015), y resuelto en sentido denegatorio en 25 de enero de 2016, notificada el 9 de febrero de 2016, luego se concluye que al momento de la notificación de la resolución recurrida por la que se deniega la legalización de la construcción no había transcurrido el plazo de un año que previene el art. 182.5 de LOUA a contar desde la fecha de inicio del expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística, y por tanto no puede imputarse falla alguna a dicha resolución por contradecir el sentido de un silencio administrativo positivo que nunca llegó a consumarse

**TERCERO.-** La cuestión sustancial que se ventila en el presente recurso de apelación es la relativa a la legalidad de la previsión del art. 8.2.47 de la normativa urbanística del PGOU de Fuengirola que impone graves restricciones a la instalación de estaciones de telefonía móvil, en aparente contradicción con las previsiones del art. 34.3 de la Ley, 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, cuyo contenido por lo que aquí interesa coincide esencialmente con el del art. 29 de la precedente Ley General de Telecomunicaciones del año 2003, vigente al momento de la aprobación definitiva del PGOU de Fuengirola.

Se ha de descartar de entrada la imputación de incongruencia y falta de motivación dirigida a la sentencia apelada, que en base a un razonamiento suficiente descarta en definitiva la solución propuesta por la recurrente y desecha la disposición municipal contenida en la normativa del PGOU entrañe una limitación desproporcionada de la posibilidad de instalar equipos de telefonía móvil contraria a la normativa sectorial del Estado. A este respecto hemos insistido en innumerables



Código Seguro de verificación:qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	_____	20/01/2020 13:08:04	FECHA	27/01/2020
	_____	21/01/2020 11:34:11		
	_____	/2020 08:29:33		
	_____	/2020 12:44:12		
	_____	7/01/2020 13:25:24		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrg==	PÁGINA	4/12



qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrg==

ocasiones que la alegación de incongruencia *ex silentio* debe de quedar referida a aquellos supuestos en los que se observe una omisión de un pronunciamiento debido por no haberse evacuado por el tribunal una pretensión oportunamente deducida por la parte, pero ello no implica que el órgano judicial debe examinar cada una de las alegaciones jurídicas introducidas por los litigantes de forma individualizada, ni tampoco empece que en el uso de de la prerrogativa del *iuris novit curia* pueda servirse de construcciones argumentativas distintas para aceptar o rechazar las pretensiones de las partes orillando los argumentos de éstas. No observamos tampoco en la sentencia una falla sancionable de falta de motivación, ésta es agotadora de las pretensiones de las partes en base a una argumentación bastante que permite sin dificultad comprender los motivos intrínsecos que subyacen a la decisión judicial, y que ha permitido a la actora combatirlos en la apelación en la consideración de que la interpretación contenida en la sentencia de las normas en liza es errática. Procedemos por lo tanto al examen de la cuestión de fondo.


Dispone el art. 8.2.47 de la normativa del PGOU de Fuengirola que *“Se prohíbe la instalación de antenas de telefonía móvil o similares, excepto en las zonas I, CO, Sistemas Técnicos, Espacios Libres y Explotaciones Hoteleras, Sociales y Culturales”*.

Conforme al literal de este precepto en el municipio de Fuengirola la instalación de antenas de telefonía móvil está severamente limitada, de modo que su implantación sólo resulta posible con arreglo a un criterio de excepcionalidad en espacios destinados a usos industriales, comerciales, espacios libres, residencial hotelero, y explotaciones sociales y culturales.

De otra parte el art. 34.3 de Ley General de Telecomunicaciones 9/2014 de 9 de mayo, estipula que *“La normativa elaborada por las administraciones públicas que afecte al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las disposiciones necesarias para impulsar o facilitar el despliegue de infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas en su ámbito territorial, en particular, para garantizar la libre competencia en la instalación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y la disponibilidad de una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras.*

*De esta manera, dicha normativa o instrumentos de planificación no podrán establecer restricciones absolutas o desproporcionadas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores ni imponer soluciones tecnológicas concretas, itinerarios o ubicaciones concretas en los que instalar infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas. En este sentido, cuando una condición pudiera implicar la imposibilidad de llevar a cabo la ocupación del dominio público o la propiedad privada, el establecimiento de dicha condición deberá estar plenamente*



<p>Código Seguro de verificación: qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <a href="https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/">https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/</a>          Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.</p>			
FIRMADO POR	<p>27/01/2020 13:08:04</p> <p>01/2020 11:34:11</p> <p>11/2020 08:29:33</p> <p>01/2020 12:44:12</p> <p>27/01/2020 13:25:24</p>	FECHA	27/01/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrq==	PÁGINA 5/12
 <p>qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrq==</p>			



*justificado e ir acompañado de las alternativas necesarias para garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones.*

*Las administraciones públicas contribuirán a garantizar y hacer real una oferta suficiente de lugares y espacios físicos en los que los operadores decidan ubicar sus infraestructuras identificando dichos lugares y espacios físicos en los que poder cumplir el doble objetivo de que los operadores puedan ubicar sus infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas así como la obtención de un despliegue de las redes ordenado desde el punto de vista territorial”.*

Desde la perspectiva de la norma estatal, las Administraciones públicas, en sus diferentes niveles, deben asegurar la eficaz implantación de instalaciones de telefonía móvil en condiciones aptas para garantizar la efectividad del servicio y la competencia libre entre operadoras. No se admiten con carácter general restricciones totales o desproporcionadas, si bien es permisible la exclusión de la ocupación de la propiedad privada y del espacio demanial, pero ello debe de quedar suficientemente justificado y acompañado de alternativas de implantación adecuadas para posibilitar el cumplimiento de los referidos fines de interés general.

Como es sabido la constitucionalidad de este precepto fue cuestionada por la posible invasión de las competencias autonómicas, y por extensión de la garantía institucional de la autonomía las entidades locales, al definir de modo muy estrecho el margen de ejercicio de las competencias propias en material de ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente en supuestos de interferencia con el sector de las telecomunicaciones.

En este aspecto debe recordarse que la STC 20/2016, de 4 de febrero, ha avalado la constitucionalidad de tal precepto siempre y cuando se entienda que el art. 34.3 de LGTel no impide de forma absoluta el ejercicio de la competencia en materia urbanística de las Administraciones autonómicas y municipales, que pueden establecer restricciones para la instalación de redes de telefonía móvil de modo justificado por razones superiores de naturaleza ambiental, paisajística o urbanística, así se pronuncia al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la LT, señalando, en relación con lo dispuesto en el art. 34.3, de esa Ley que *"Las competencias autonómicas en materia de urbanismo y ordenación del territorio del art. 149.1 y 5 EAC, que invoca la recurrente, no desvirtúan lo expuesto. Ante todo, porque como queda dicho, el art. 34.3 de la Ley 9/2014 se dicta en ejercicio por el Estado de competencias exclusivas exart. 149.1.21 CE. Además, porque aunque hemos declarado, por ejemplo en la misma STC 8/2012, que las Comunidades Autónomas pueden "imponer límites al derecho de ocupación de dominio público y de la propiedad privada que los operadores tienen reconocido en la legislación estatal de telecomunicaciones, siempre que sea necesario para preservar los intereses públicos que tienen encomendados, entre ellos, los medioambientales, paisajísticos y*



Código Seguro de verificación:qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	20/01/2020 13:08:04 21/01/2020 11:34:11 27/01/2020 08:29:33 27/01/2020 12:44:12 27/01/2020 13:25:24	FECHA	27/01/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrg==	PÁGINA	6/12
qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrg==			

urbanísticos", la protección de tales intereses podría justificar la exclusión de las localizaciones consideradas dignas de protección pero no, a la inversa, la imposición de una ubicación excluyente de todas las demás. Por ello, entendemos que no se produce una limitación vulneradora de competencias autonómicas, dado que la exclusión que deriva del precepto impugnado no tiene carácter absoluto, habida cuenta de que en todo caso, no se veda la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias, puedan establecer prohibiciones de instalación o exclusiones por razones relacionadas con el ámbito material del urbanismo, ordenación del territorio o medioambiente, que permitan coexistir adecuadamente ambos ámbitos competenciales, estatal y autonómico, puesto que la prohibición se contrae únicamente a la imposición de emplazamientos o itinerarios concretos".

En similar sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de julio de 2016 (rec.4132/2014) que indica, resumiendo la jurisprudencia existente y con cita de la STC 8/2012, de 18 de enero, lo siguiente:

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

*2º Este título ni excluye ni amula las competencias municipales para la gestión de sus respectivos intereses que son de configuración legal. Tales intereses se plasman en unos títulos competenciales transversales (la ordenación del territorio y urbanismo, protección del medio ambiente), cuyo ejercicio se concreta en las condiciones y exigencias que imponen para ubicar y establecer instalaciones e infraestructuras de telefonía móvil.*


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

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

*5º Como criterios de delimitación competencial el Tribunal Constitucional ha*



Código Seguro de verificación:qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	_____	27/01/2020 13:08:04	FECHA	27/01/2020
	_____	21/01/2020 11:34:11		
	_____	27/01/2020 08:29:33		
	_____	27/01/2020 12:44:12		
	_____	27/01/2020 13:25:24		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrg==	PÁGINA	7/12
 qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrg==				



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

6º La competencia sectorial como la ahora contemplada condiciona el ejercicio por los municipios de sus competencias, lo que lleva a que se acuda a la coordinación, consulta, participación, o concertación como fórmulas de integración de estos ámbitos competenciales concurrentes. Aun así, si esas fórmulas resultan insuficientes, la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente.

7º De esta manera, como la Sala ha declarado que la competencia estatal en materia de telecomunicaciones no excluye las municipales, los Ayuntamientos en sus ordenanzas pueden establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones y contemplar exigencias para sus instalaciones.

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

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

Para el ejercicio de este juicio de proporcionalidad acerca de las limitaciones cuestionadas, se ha de principiar indicando que se trata de restricciones severas con un amplio alcance y susceptibles por ello de entrar en conflicto con los objetivos establecidos en la normativa estatal orientados a garantizar la efectividad del servicio de telefonía móvil y la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

La exclusión completa de la posibilidad de implantar estaciones de telefonía móvil en amplios espacios de la ciudad y en concreto en espacios demaniales, edificios destinados a un uso residencial privado, o a superficies aplicadas a usos primarios, mediante una prohibición genérica de instalación de antenas de telefonía móvil en el municipio, con algunas salvedades puntuales, es a priori una medida restrictiva desproporcionada, y sólo puede salvarse a partir de una cumplida justificación de la concurrencia de otros intereses públicos preponderantes de especial



Código Seguro de verificación:qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		20/01/2020 13:08:04 21/01/2020 11:34:11 22/01/2020 08:29:33 27/01/2020 12:44:12 27/01/2020 13:25:24	FECHA	27/01/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrg==	PÁGINA	8/12
 qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrg==				





significación en el municipio que habiliten esa medida limitativa, así como en atención a la oferta de alternativas de implantación que igualmente se han de justificar como aptas para agotar los fines de la legislación sectorial sobre telecomunicaciones.

No contamos con elementos de juicio para entender que concurren razones superiores que permitan en este caso la aplicación de una limitación tan amplia de la regla general de implantación abierta de antenas de telefonía móvil, nada se ha argumentado al respecto por la parte apelada, ni se nos ha puesto de relieve que en el marco del procedimiento de elaboración del PGOU cuestionado se haya incluido una justificación pormenorizada de esta restricción vía memoria justificativa o por otro medio.

En este punto rescatamos las aportaciones de la STC 8/2012 de 18 de enero, que insiste en la necesidad de un ejercicio coordinado de las diferentes competencias concurrentes en un mismo ámbito espacial, una de cuyas expresiones más comunes es la preceptiva emisión de informes sectoriales en el marco de la elaboración de los instrumentos de planeamiento, y así se dice que "al objeto de integrar ambas competencias, se debe acudir, en primer lugar, a fórmulas de cooperación" pues "si, como este Tribunal viene reiterando, el principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas está implícito en el sistema de autonomías (SSTC 18/1982 y 152/1988, entre otras) y si la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía (STC 181/1988, FJ 7), este tipo de fórmulas son especialmente necesarias en estos supuestos de concurrencia de títulos competenciales en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias (SSTC 32/1983, 77/1984, 227/1987 y 36/1994), pudiendo elegirse, en cada caso, las técnicas que resulten más adecuadas: el mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en los ámbitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición mixta, etcétera" (de nuevo, SSTC 40/1998, de 18 de febrero, FJ 30 ; y 204/2002, de 31 de octubre, FJ 7)."

Para llevar a cabo esa adecuada colaboración se estableció en el art. 26.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones(LGT03): "Los órganos encargados de la redacción de los distintos instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recabar de la Administración General del Estado el oportuno informe sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial a que se refieran.

Los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas contenidas en los informes emitidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y garantizarán la no



Código Seguro de verificación: qSsrZHdZqDtAZ4GHszTzrg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		20/01/2020 13:08:04	FECHA	27/01/2020
		21/01/2020 11:34:11		
		21/01/2020 08:29:33		
		20/01/2020 12:44:12		
		27/01/2020 13:25:24		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	qSsrZHdZqDtAZ4GHszTzrg==	PÁGINA	9/12



qSsrZHdZqDtAZ4GHszTzrg==



discriminación entre los operadores y el mantenimiento de las condiciones de competencia efectiva en el sector".

La necesidad de la solicitud de ese informe a la Administración General del Estado para la aprobación de los instrumentos de planificación territorial o urbanística que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas, se contempla ahora en el art. 35.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones (LT), precepto que además impone esta consulta preceptiva antes de la adopción de acuerdos como el que aquí se recurre, y que ha sido omitido tal y como la propia administración demandada reconoce, lo que es signo revelador de la falta de una correcta coordinación entre la Administración municipal y la Administración del Estado, en el ejercicio de las competencias de aquella en materia urbanística, que apunta a un exceso en la imposición de restricciones no autorizadas por la legislación sectorial, que insistimos consagra la regla de la libertad de instalación en consideración a la naturaleza de este servicio como servicio público esencial de la comunidad.

En suma no contamos con elementos necesarios para considerar que en el presente caso se ha respetado la legislación sectorial del Estado, y todo apunta a la infracción del art. 34.3 de LGTel (antes art. 29 de LGTel de 2003), por parte del cuestionado art. 8.2.47 de PGOU de Fuengirola, que por ello debe ser anulado de conformidad con lo previsto en el art. 62.2 de LRJAP y PAC, hoy art. 47.2 de LPAC, tal y como a ello nos habilita lo dispuesto en el art. 27.2 de LJCA, estimando en parte el recurso de apelación planteado, y ordenando la retroacción del procedimiento administrativo para que la Administración resuelva sobre la concesión de licencia de legalización de la instalación de telefonía móvil controvertida, sin tomar en consideración las restricciones del precepto anulado.

**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA, las costas de la apelación no se impondrán a cargo de ninguna de las partes cuando sea estimado el recurso.

En lo que se refiere a las costas de la primera instancia de acuerdo con lo previsto en el art. 139.1 de LJCA, en su versión introducida por la Ley 37/2011 de medidas de agilización procesal, por el que se impone el criterio del vencimiento objetivo, en los casos de estimación parcial del recurso las costas no se impondrán a cargo de ninguna de las partes de modo que cada una de ellas atenderá a las causadas a su instancia y a las comunes por mitad.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.



Código Seguro de verificación:qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	_____	.20/01/2020 13:08:04	FECHA	27/01/2020
	_____	: 21/01/2020 11:34:11		
	_____	7/01/2020 08:29:33		
	_____	2020 12:44:12		
	_____	, 27/01/2020 13:25:24		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrq==	PÁGINA	10/12



qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrq==



**FALLAMOS**

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>. [Nombre], en nombre y representación de [Nombre], frente a la sentencia de fecha 5 de noviembre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Málaga, que se revoca, y en su lugar

1) Se estima el recurso indirecto interpuesto contra el art. 8.2.47 de la normativa del Plan General de Ordenación Urbanística de Fuengirola, que se anula por no ser conforme a derecho.

2) Se estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución del Ayuntamiento de Fuengirola de fecha 26 de agosto de 2016 por la que se desestima el recurso de reposición planteado contra la resolución de fecha 25 de enero de 2016 por la que se deniega la licencia de obras para la legalización de la instalación de telefonía móvil existente en el edificio [Número] sito en la [Calle] num. [Número]. resoluciones que se anulan por no ser conformes a derecho, ordenando la retroacción de las actuaciones administrativas para que se proceda a dictar una nueva resolución sin atender a las limitaciones contenidas en el anulado art. 8.2.47 de la normativa urbanística del PGOU de Fuengirola.

3) No se hace expresa imposición de las costas causadas en las distintas instancias a cargo de ninguna de las partes

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta sentencia cabe recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde su notificación en los términos del art. 89 de LJCA.

Firme que sea remitase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo de procedencia para su ejecución, ordenándose la publicación de esta sentencia de conformidad con lo establecido en el art. 72.2 de LJCA.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Magistrados antes mencionados.



Código Seguro de verificación: qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrq==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	[Firma]	/01/2020 13:08:04	FECHA	27/01/2020
	[Firma]	R 21/01/2020 11:34:11		
	[Firma]	Z 27/01/2020 08:29:33		
	[Firma]	27/01/2020 12:44:12		
	[Firma]	27/01/2020 13:25:24		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrq==	PÁGINA	11/12



qSsrZHdZgDtAZ4GHszTzrq==



**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-



Código Seguro de verificación:qSsrZHdZqDtAZ4GHszTzrg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	_____	20/01/2020 13:08:04	FECHA	27/01/2020
	_____	21/01/2020 11:34:11		
	_____	27/01/2020 08:29:33		
	_____	27/01/2020 12:44:12		
	_____	27/01/2020 13:25:24		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	qSsrZHdZqDtAZ4GHszTzrg==	PÁGINA	12/12



qSsrZHdZqDtAZ4GHszTzrg==