CASO PRÁCTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO III

El Plan Especial de Ordenación de Instalaciones de Telecomunicaciones de determinado Municipio, aprobado definitivamente por acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 31 de julio de 2008, dispone en su Disposición Transitoria Segunda lo siguiente:

"Todos aquellos operadores de telefonía móvil que tengan la autorización administrativa correspondiente deberán adecuar sus instalaciones existentes al presente Plan Especial cuando se efectúen modificaciones en las mismas que supongan el cambio de elementos generadores de radiaciones electromagnéticas". **O sea, sólo, si se producen las citadas modificaciones**.

Pero añade que, "además, deberán quitarse en el plazo de cuatro años, contados desde que comience su vigencia, los elementos dispuestos en cubiertas y fachadas de edificios protegidos con el grado de protección integral, así como las que resulten incompatibles con la normativa del presente Plan en áreas protegidas". **O sea, que deberán retirarse, en cualquier caso, en el citado plazo, a partir de la entrada en vigor del nuevo Plan**.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Con qué tipo de autorización de las que hemos estudiado se corresponde la aquí afectada?

2. ¿Es conforme al Ordenamiento jurídico que la Administración que otorgó la autorización introduzca cambios que afecten al clausulado de su autorización, mediante una norma asimilada a un Reglamento, como es el citado Plan especial?

3. En el supuesto de que puedan imponerse dichos cambios, ¿pueden tener efectos retroactivos? Razónese.

4. ¿Sería indemnizable la imposición de tales cambios? ¿En el caso de que lo fuese, que naturaleza tendría tal indemnización?

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Con qué tipo de autorización de las que hemos estudiado se corresponde la aquí afectada?

Es una autorización operativa o en función de programación; autorización de funcionamiento; autorización discrecional; y autorización real.

2. ¿Es conforme al Ordenamiento jurídico que la Administración que otorgó la autorización introduzca cambios que afecten al clausulado de su autorización, mediante una norma asimilada a un Reglamento, como es el citado Plan especial?

Sí que puede introducir cambios en las condiciones de la autorización, porque hemos visto que ésta es una de las características de las autorizaciones de funcionamiento. Como hemos indicado, tal modificación de condiciones debe venir impuesta por exigencia del interés público; destacando la posible incidencia de las exigencias del progreso científico y técnico en relación con las condiciones ambientales o sanitarias y del principio de mutabilidad de los servicios públicos, que implica la adaptación de la actividad a las exigencias cambiantes del interés general por esas u otras causas.

3. En el supuesto de que puedan imponerse dichos cambios, ¿pueden tener efectos retroactivos? Razónese.

Se suscita la cuestión, porque en el nuevo Plan Especial de Ordenación de Instalaciones de Telecomunicaciones se afecta a las relaciones jurídicas nacidas en el pasado, en un caso, con efectos de futuro ("el caso en el que los distintos operadores quieran realizar ellos mismos cambios en sus instalaciones tendrán que someterse a las nuevas condiciones) y, en otro caso, con efectos de situaciones iniciadas en el pasado y consumadas en el pasado ("deberán quitarse en el plazo de cuatro años, contados desde que comience su vigencia, los elementos dispuestos en cubiertas y fachadas de edificios protegidos con el grado de protección integral, así como los que resulten incompatibles con la normativa del presente Plan en áreas protegidas").

Hecho un repaso de los tres tipos de supuestos que plantea la retroactividad, llegamos a la conclusión de que *los efectos de futuro* planteados en este caso se integran en la denominada *retroactividad de grado mínimo* y los *efectos en situaciones iniciadas en el pasado y consumadas en el pasado* planteados también en este caso se integran en la *retroactividad de grado máximo*.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias de 16/4/2010 no llega a pronunciarse sobre la admisibilidad de cambios retroactivos, porque concluye que, en el caso enjuiciado, tan sólo opera la denominada retroactividad de grado mínimo (que no está considerada como retroactividad en sentido propio), ya que dice que "en ningún momento se contempla la supresión de las antenas que no sean susceptibles de adaptación a las nuevas condiciones"

Sin embargo la STS de 1 octubre 2013 (ROJ STS 4859/2013), que revoca la del TSJ parcialmente, entiende que hay en el Plan previsión de efectos de futuro y que respecto de los mismos no hay retroactividad en sentido propio, pero que también hay otros (cuando se establece la obligación de retirar en el plazo de cinco años determinados elementos de las redes) que sí suponen retroactividad en sentido propio, porque los efectos nacen en el pasado (sin precisar si se han consumado ya en el pasado o están aún por consumar y, sin importarle, por tanto si era la responsabilidad en grado intermedio, que se refiere exclusivamente a los efectos nacen en el pasado y se consuman en el futuro, o la responsabilidad en grado máximo que se centra en los nacen en el pasado y se consuman en el pasado, pero que también incluirían algunos de la responsabilidad en grado intermedio).

Y añade que la misma no es posible tal imposición de condiciones con retroactividad sin contemplarse indemnización, pues, sin ésta, los preceptos que imponen la medida son inválidos jurídicamente y no puede salvarse la validez de la misma con una mera interpretación de procedencia de indemnización, ya que, al no contemplarla, lesiona el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE.

También está latente en la Sentencia la aplicación del principio de confianza legítima, derivado del de seguridad jurídica.

4. ¿Sería indemnizable la imposición de tales cambios? ¿En el caso de que lo fuese, que naturaleza tendría tal indemnización?

E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ han venido distinguiendo, a efectos de la posible revocación de autorizaciones por la Administración, entre a) revocación por motivos de legalidad (que ven recogida en la revocación de licencias otorgadas erróneamente (del art. 16.2 RSCL de 1955), por error de hecho o de Derecho; b) la revocación por desaparición de las circunstancias que motivaron su otorgamiento o porque sobrevengan otras sustancias que de haber existido hubiesen justificado su denegación (art. 16.1, inciso segundo, RSCL 1955); y c) la revocación por adopción de nuevos criterios de apreciación introducidos por motivos de

oportunidad. Los dos primeros supuestos no serían indemnizables, mientras que el tercero sí, con invocación del art. 16.3 RSCL. Pero ya destacan que la jurisprudencia ha precisado que ***no puede alegarse cambio de circunstancias cuando tal cambio viene determinado por la propia Administración, como cuando modifica un Plan, supuesto que sí será indemnizable*** y citan diversas sentencias al respecto.

Como hemos visto, para la STS de 1 octubre 2013 citada, la previsión de indemnización en este caso es condición de validez del texto normativo ***si el cambio es retroactivo en sentido propio***, entendiendo por tal aquel en el que los efectos empiezan a producirse en el pasado, sin plantearse si han sido consumados en éste o no.

Y es que, cuando hay efectos que se han empezado a manifestar, y especialmente, cuando se han consumado –añado yo- ya no estamos ante afección a meras expectativas de derechos (que hemos visto al hablar del sacrificio de situaciones de mero interés, que no son indemnizables), sino ante la privación singular de derechos e intereses patrimoniales legítimos, propios de la expropiación forzosa.

Por otro lado, en cuanto a la naturaleza de la indemnización menciona la Sentencia tanto la garantía patrimonial expropiatoria como la indemnización de resarcimiento de los daños y perjuicios que se causaren del art. 16.3 RSCL de 1955, que apunta a la propia de la responsabilidad patrimonial, sin decantarse claramente por una u otra calificación jurídica.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, al referirse a la revocación por cambio de criterios de apreciación, subrayan que estamos ante una operación materialmente expropiatoria, porque encaja dentro del concepto de expropiación forzosa del art. 1 LEF ("cualquier forma de privación singular […]"), pero no desde un punto de vista formal, porque requeriría previa declaración por Ley de utilidad pública o interés social de la privación coactiva de los correspondientes derechos privados.

Por mi parte, añado que para discernir si tal indemnización es expropiatoria o de responsabilidad patrimonial, debemos estar a los criterios jurisprudenciales y doctrinales que estudiamos en la lección sobre las vías de hecho expropiatoria. Principalmente, en relación con el caso que ahora nos ocupa, el criterio del resultado dañoso. Si el daño comporta un despojo posesorio o la privación de un bien o derecho, estaremos ante un supuesto expropiatorio y si el daño es de otro tipo, estaremos antes los propios de la responsabilidad patrimonial.