

El presente documento se corresponde con la **versión previa a la revisión de imprenta** del artículo-capítulo referido. Por ello, su contenido no necesariamente se corresponde con lo definitivamente publicado.

La numeración de las páginas del documento se hace coincidir aproximadamente con la de la publicación original.

Se disponen estos documentos a través de este medio a los únicos efectos de facilitar el acceso a la información científica o docente. En todo caso, el acceso oportuno al documento debe ser a través del lugar de su publicación indicado y, en todo caso, nunca deben ser utilizados con ánimo de lucro.

Indique la autoría de los contenidos, si los emplea.

Ante cualquier duda, no dude en dirigirse a contacto en www.cotino.net.

“Las conflictivas ordenanzas municipales sobre instalación y funcionamiento de equipos de telecomunicaciones, en particular, antenas de telefonía móvil”, Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías nº 9, 2005, pags. 49-64

Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías nº 9, 2005

Las conflictivas ordenanzas municipales sobre instalación y funcionamiento de equipos de telecomunicaciones, en particular, antenas de telefonía móvil

*Por Lorenzo Cotino Hueso**

El problema objeto de estudio y las fuentes de resolución

A modo de introducción: un conflicto social con un claro reflejo en la normativa de los distintos niveles de poder

El caso del Colegio de García Quintana de Valladolid (donde apareció un brote de cáncer infantil de cuatro casos en un año) hizo que la cuestión de las antenas de telefonía móvil alcanzase el máximo interés social los años 2001 y 2002. Ciertamente, este interés social parece hoy ya algo mitigado¹. Y dicha preocupación social² por las antenas de telefonía se ha visto correspondida por los estudios científicos y técnicos³. Todo hay que decir que la atención de la doctrina jurídica no ha sido excesiva⁴.

* cotino@uv.es, www.cotino.net. Profesor titular de Derecho constitucional de la Universitat de Valencia, Coordinador general de la Red de especialistas en Derecho de las TICs (www.derechotics.com) y Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso – Administrativo. El presente estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación financiado por la Generalitat Valenciana “La protección de consumidores y usuarios ante las tecnologías de la información y comunicación y los servicios electrónicos. Especial atención a la Comunidad Valenciana, su normativa y políticas”, (referencia GV05/241).

¹ Ello no excluye que periódicamente salten voces de alarma en diversas localidades, así, entre las más recientes, “La instalación de una antena de telefonía móvil al lado de una guardería provoca la alarma de los vecinos de Arrecife”, noticia de 10 de agosto de 2005 de *La Voz de Lanzarote* (disponible en http://www.lavozdelanzarote.com/article.php3?id_article=1214, 6/9/2005).

² Las reacciones sociales se concentraron en especial a lo largo de los años 2001-2004. Sobre el tema, por todos, PÉREZ YUSTE, Antonio, “La percepción social de los campos electromagnéticos”, en *Mundo electrónico*, nº 333, 2002, págs. 24-29.

En la red es posible advertir su presencia en diversos foros. Por todos cabe destacar el sitio <http://www.grn.es/electropolucio/>. En el mismo hay una buena recopilación legislativa, jurisprudencial y, sobre todo de prensa, actualizada hasta enero de 2004. También, cabe destacar el sitio <http://www.eurosur.org/CONSUEC/antenas.html> o el de Ecologistas en acción <http://www.nodo50.org/ecologistasclm/ab/documentos/basesdeantenas.htm>. En el mismo se recogían lo que eran las principales demandas de estos grupos sociales (mejora de la ley en el sentido del “principio de precaución”; limitar el máximo de radiación permitido; exigir a las operadoras un seguro de responsabilidad civil; imponer un canon por el uso del espacio radioeléctrico; elevar la cuantía de las multas; la paralización de las instalaciones y una mejor medición de las emisiones así como una mayor transparencia sobre las instalaciones existentes por parte de las operadoras.

³ Sobre el tema, entre otros, BELMONTE ESPEJO, Pedro, “El impacto social y ambiental de las redes de telefonía móvil en el Estado español”, en *Scripta Nova: Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Nº. 8, 2004 (Ejemplar dedicado a: El impacto social y espacial de las nuevas tecnologías de la información y de la

La respuesta normativa a esta cuestión se dio desde 2001 tanto desde el ámbito estatal⁵ cuanto autonómico⁶ y, por lo que aquí más interesa, del ámbito municipal. En este punto y si se me permite, puede decirse que desde los niveles autonómico y municipal la normativa adoptada parecía querer contentar a los preocupados colectivos sociales que exigían mayores cotas de seguridad y precaución en la materia. Tales niveles de poder recibían de más cerca la presión de estos colectivos sociales. Es por ello que estas políticas normativas autonómicas, y sobre todo las municipales, parecieron librarse frente al normador estatal⁷. Ello es así porque el Estado, sin desconocer la preocupación existente, no encontró –ni encuentra hoy día⁸– motivos para adoptar unas más severas medidas de precaución. También cabe adelantar que esta preocupación social se tradujo no sólo en políticas

comunicación. Número extraordinario dedicado al VI Coloquio Internacional de Neocrítica, Actas del Coloquio), el mismo está disponible en <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-170-6.htm> (20/9/2005).

GUALDA GIL, Juan Andrés, “Telefonía móvil: ¿nociva o inofensiva?: El “peligro” de las antenas de telefonía móvil”, en *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, nº. 44, 2005, págs. 54-57, el mismo está disponible en

http://www.mma.es/publicacion/ambienta/mayo2005_44/50_movil44.pdf (20/9/2005).

UDAONDO DURÁN, Miguel, “¿Son seguras las antenas de telefonía móvil?”, en *Forum calidad*, nº 14, Nº 130, 2002, págs.. 60-64.

JIMÉNEZ SABIO, José Carlos, “Antenas de telefonía móvil y salud”, en *Técnica industrial*, nº 251, 2003, págs.. 34-38.

⁴ En efecto, son pocos los trabajos jurídicos dedicados en particular sobre la materia, y escasos en los años más recientes. Entre tales, cabe señalar:

RAMÍREZ CASCALES María Carmen, “El papel de los municipios para la autorización de antenas de telefonía móvil”, en *Actualidad administrativa*, nº 16, 2002, págs.. 405-424.

TERRÓN SANTOS, Daniel, “Las antenas de telefonía móvil y su problemática jurídica”, en *E-Derecho Administrativo (e-DeA)*, nº 3, 2001, Texto disponible en <http://usuarios.lycos.es/edea/2001/numero3/antenas.htm> (20/9/2005). Del mismo autor, un año después, “De nuevo sobre la ubicación de las antenas de telefonía móvil y su problemática jurídica”, en *E-Derecho Administrativo (e-DeA)*, nº. 5, 2002. Texto disponible en <http://usuarios.lycos.es/edea/2002/numero5/antenas.htm> (20/9/2005).

RAMÍREZ CASCALES, María Carmen, “El papel de los municipios para la autorización de antenas de telefonía móvil”, en *Actualidad administrativa*, nº 16, 2002, págs. 405-424.

SILVA LÓPEZ, María del Carmen, “Xornadas sobre a problemática no ámbito local das instalacións de telefonía móbil e doutras conduncións enerxéticas e de telecomunicacións”, en *REGAP: Revista galega de administración pública*, nº 30, 2002, págs.. 305-331.

TARDÍO PATO, José Antonio, “Instalaciones de telefonía móvil, salud y medio ambiente”, en *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, nº. 3, 2003, págs.. 33-80

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier, “Contenciosos sobre antenas de telefonía móvil en Navarra”, en *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, nº. 11, 2004. El texto completo en <http://www.cica.es/aliens/gimadus/11/antenas.htm> (20/9/2005).

⁵ En el ámbito estatal, hay que destacar la regulación contenida en el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, las restricciones y las medidas de protección de las emisiones radioeléctricas. Algún aspecto del mismo, ha sido recientemente modificado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

⁶ Así, en el nivel autonómico, por ejemplo, se aprobó la Ley 8/2001, de 28 de junio, para la Ordenación de las instalaciones de Radiocomunicación en Castilla-La Mancha. En Cataluña destaca también el Decreto 148/2001, de 29 de mayo, de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación. También, entre otros, cabe mencionar el Decreto 267/2001, de 29 de noviembre, relativo a la instalación de infraestructuras de radiocomunicación en la Comunidad de Castilla y León.

⁷ En este punto, autores como Terrón señalan que el Gobierno se ha ceñido exclusivamente a la Recomendación europea actual, cuestionada por otros países y por la propia Comisión Europea, en vez de sumarse al pelotón de países más avanzados, como Italia o Suiza, que son más estrictos desde el punto de vista de la protección de sus ciudadanos, extendiéndose este marco de elevada protección al propio medio ambiente. (Ver, “De nuevo sobre la ubicación de las antenas de telefonía móvil y su problemática jurídica”, cit.).

⁸ En este sentido, la política estatal –con un gobierno ya de otro signo– no parece variar. Así, cabe destacar las conclusiones del Informe del Ministerio de Sanidad y Consumo (que presentó el 12 de noviembre de 2004 a la Comisión Sectorial) que considera que los niveles medios de emisiones radioeléctricas en todo el territorio están muy por debajo de los límites considerados como seguros por los comités y organizaciones nacionales e internacionales. El informe manifiesta que actualmente a la luz del conocimiento científico, no hay motivos sanitarios que justifiquen un cambio de los límites de exposición establecidos. Al respecto, ver http://www.setsi.mityc.es/sgcinfo/notas_inf/red_fmovil.htm (5/9/2005).

normativas más rigurosas en los niveles inferiores de poder, sino, incluso, en algunas soluciones judiciales que dieron cobertura al polémico principio de precaución y que luego hubieron de ser rectificadas.

La fuente de conflictos y el objeto de estudio: las ordenanzas municipales reguladoras de la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones de telefonía móvil y fija inalámbrica

Sobre las bases expuestas, este estudio se centra en los centenares de ordenanzas municipales reguladoras de la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones de telefonía móvil y fija inalámbrica. Muchas de estas ordenanzas se elaboraron a partir del Modelo de Ordenanza municipal reguladora de la instalación y funcionamiento de infraestructuras radioeléctricas, elaborado en junio de 2002 por la Federación Española de Municipios y Provincias (en adelante, Ordenanzas marco de la FEMP)⁹. Como se dirá, algunos aspectos de dicha Ordenanza marco¹⁰ eran inadmisibles constitucional o legalmente. Como obvia consecuencia, estos vicios se han extendido a las ordenanzas municipales que siguieron el modelo. Pero, aún es más, mayores problemas se han suscitado por los no pocos municipios que tomaron esta normativa como mero punto de partida para intensificar su fiscalización, restricción y control de las operadoras de telecomunicaciones y su instalación de antenas de telefonía. En estos casos, los motivos de nulidad de estas normas municipales se han multiplicado en las diversas sentencias en los que las operadoras de telefonía móvil impugnaron directamente esta normativa municipal.

En la conflictividad de las ordenanzas municipales late el problema de que una Administración – la local- con competencias en la materia esencialmente urbanísticas adopta una normativa que excede en muchos aspectos sus competencias para adentrarse en el terreno de las telecomunicaciones y la salud¹¹. Así, se adopta una normativa que restringe y dificulta las instalaciones de telefonía móvil rebasando en muchos casos el marco de atribuciones y competencias. De hecho, incluso en no pocos casos, los tribunales han tenido que corregir diversas deficiencias en las que, en cierto modo, con la competencia urbanística se pretende dar cobertura a medidas de prevención de salud y con fuerte incidencia en la homogeneidad en el marco de las telecomunicaciones.

Los aspectos más conflictivos en la regulación municipal

Sin ánimo de exhaustividad, las cuestiones polémicas que han suscitado estas ordenanzas son las que siguen:

-En general, un prejuicio sobre la peligrosidad y seguridad de las antenas de telefonía móvil y la aceptación de un "principio de precaución" para limitar su instalación.

⁹ Modelo de Ordenanza municipal reguladora de la instalación y funcionamiento de infraestructuras radioeléctricas, en su Texto aprobado por la Comisión Ejecutiva de la FEMP el día 4 de junio de 2002. El texto está accesible en <http://www.fnmc.es/es/informa4.html> o, también, en www.setsi.mcyt.es/movil/otras_n/Ordenanza.pdf (6/6/2005).

¹⁰ La parte dispositiva de la Ordenanza se divide en 21 artículos, agrupados en siete capítulos y conforme al siguiente esquema: I.- Objeto y ámbito de aplicación; II.- Planificación de la implantación y desarrollo; III.- Limitaciones y condiciones de protección; IV.- Régimen jurídico de las licencias; V.- Conservación y mantenimiento de las instalaciones; VI.- Régimen de protección de la legalidad y sancionador de las infracciones; VII.- Régimen fiscal.

¹¹ De hecho, ello incluso se puede observar de forma expresa, como en la misma exposición de motivos de la Ordenanza marco de la FEMP, donde se afirma: "Sin duda, uno de los aspectos de mayor preocupación para los ciudadanos en relación con este tipo de instalaciones es el relativo a la protección frente a los posibles efectos nocivos que para la salud de las personas pudieran derivarse de la exposición a los campos electromagnéticos (CEM) [...] la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 12 de julio de 1999 [...] aún dando por válida la afirmación contenida en esa Recomendación del Consejo de la Unión Europea en el sentido de que "no se considera comprobado que el cáncer sea uno de los efectos de la exposición a largo plazo de los campos electromagnéticos (CEM)", hay que tener muy en cuenta la percepción subjetiva que de los riesgos relacionados con la exposición a los campos electromagnéticos tiene la ciudadanía y los factores de incertidumbre asociados a la sensibilidad individual. [...] Esta Ordenanza municipal establece una serie de cautelas en este sentido, tanto mediante la reglamentación de las condiciones urbanísticas, de protección ambiental y de seguridad que tendrán que cumplir este tipo de instalaciones, como mediante el sometimiento a licencia de la actividad inherente a ellas."

- La articulación de la competencia exclusiva en telecomunicaciones del Estado con las diversas atribuciones de los municipios, esencialmente el urbanismo.
- Las facultades y alcance de las competencias municipales en salud y medio ambiente, patrimonio y urbanismo y su conexión con las instalaciones de telecomunicaciones.
- Las facultades de los municipios de imponer especiales limitaciones a la ubicación de instalaciones en razón de su preocupación de salud.
- La posibilidad de los municipios de imponer una planificación a las operadoras, a través de un "Plan de Implantación" o similares.
- El posible quebrantamiento del principio de neutralidad tecnológica por la imposición de una obligación de incorporar las mejoras y actualización tecnológicas.
- La imposición del uso compartido de infraestructuras a las operadoras.
- El alcance de las obligaciones más directamente dimanadas de las exigencias y condiciones urbanísticas
- La obligación del deber de conservación y mantenimiento de las condiciones de seguridad y salud y la imposición de revisiones periódicas
- La imposición de una fianza al titular de la instalación o seguro de responsabilidad civil.
- La regulación de un régimen sancionador específico sobre el cumplimiento de la Ordenanza municipal y la falta de cobertura legal del mismo.

Las fuentes de solución a tales conflictos

A las anteriores cuestiones desde los diversos ámbitos se han brindado soluciones de diferente procedencia, naturaleza y alcance. De particular interés han sido las diversas resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a petición de las mismas entidades locales, bien de las mismas operadoras¹². La especialidad funcional y autoridad de este órgano las convierte en valiosas, sin perjuicio de que, obviamente, la resolución y doctrina última ha quedado en manos de los tribunales.

A la vista de la conflictividad en la materia, cabe destacar que muy recientemente, el pasado 14 de junio de 2005, fue suscrito el Acuerdo entre la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y los operadores móviles¹³. En virtud de mismo, las operadoras las operadoras se comprometen a elaborar un código de buenas prácticas para el desarrollo de las infraestructuras¹⁴.

¹² Todas las resoluciones son fácilmente accesibles en www.cmt.es (10/9/2005). Cabe mencionar la contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Carreño (Asturias) sobre la implantación de antenas de telefonía móvil en el municipio y diversas cuestiones relacionadas con la ocupación del dominio público local (Acuerdo de 5 de julio de 2001); Informe al Ayuntamiento de Coria del Río (Sevilla) sobre la Ordenanza municipal reguladora de las instalaciones de telecomunicaciones (Acuerdo de 21 de febrero de 2002); Informe a la FECAM sobre propuesta de Ordenanza municipal tipo para la instalación y funcionamiento de infraestructuras de telecomunicación (Acuerdo de 20 de junio de 2002); Informe al Gobierno de les Illes Balears sobre la nueva redacción de las Normas Territoriales Cautelares, que regirán hasta la aprobación definitiva del Plan Director Sectorial de Telecomunicaciones (Acuerdo de 27 de junio de 2002); Informe al Ayuntamiento de Almussafes (Valencia) sobre la propuesta de modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana, en lo relativo a la regulación de las instalaciones correspondientes a estaciones base de telefonía móvil (Acuerdo de 24 de octubre de 2002); contestación a la consulta planteada por ANIEL sobre diferentes cuestiones relacionadas con la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones de telefonía móvil y fija inalámbrica (Acuerdo de 24 de enero de 2003).

Sin perjuicio de la amplia panoplia de resoluciones, personalmente me permito destacar dos, bien por recientes, bien por recopilar la jurisprudencia y la anterior doctrina propia. Así, en primer lugar cabe mencionar la Contestación a la consulta planteada por Retevisión móvil, SA sobre diversos aspectos regulados en ordenanzas municipales relativas a la instalación de antenas de telefonía móvil, de día 29 de julio de 2003.

También, como la más reciente, el Informe al Ayuntamiento de Totana sobre el borrador de la Ordenanza municipal reguladora de la instalación y funcionamiento de infraestructuras radioeléctricas en Sotana, de 29 de junio de 2005, donde se incorpora parcialmente la jurisprudencia más reciente.

Ambas son fácilmente localizables en el propio buscador de la CMT.

¹³ Sobre el mismo, se tiene noticia, entre otros, de www.femp.es/index.php/femp/content/download/1618/13367/file/telefonía%20movil.pdf (27/9/2005).

¹⁴ Dicho código, se dice, será un compendio de criterios técnicos, medioambientales y urbanísticos que favorezcan el desarrollo armónico de las infraestructuras de redes de radiocomunicación en aspectos como: Información de despliegue, sobre instalaciones existentes y previsiones a corto y medio plazo, para facilitar a los

Asimismo, se prevé crear un servicio de asesoramiento técnico de información (SATI) a los municipios, dentro de la FEMP, al objeto de mejorar la capacidad de estos para gestionar conflictos puntuales y la regulación local sobre antenas. Así pues, por esta vía del *soft law administrativo* se pretende lograr un sistema de agilización de licencias¹⁵.

Sin perjuicio del alcance de soluciones como la anterior y su eficacia última, la conflictividad de las ordenanzas se ha dilucidado, finalmente, ante los tribunales. De este modo, son las resoluciones jurisdiccionales las que, en mayor o menor medida, han fijado las reglas del juego para la búsqueda de soluciones.

Hay que advertir que son escasas las sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia¹⁶, lo cual ha llevado que en diversos ámbitos se produzcan o puedan producirse discrepancias entre los diversos Tribunales Superiores de Justicia de las diversas Comunidades Autónomas. De otra parte, cabe señalar que no es en modo alguno sencillo acceder a todas las sentencias de todos los tribunales superiores, en tanto en cuanto no quedan volcadas en las bases de datos en su totalidad¹⁷.

Mientras son numerosas las sentencias de las que se tiene pleno conocimiento del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana¹⁸, son muchas menos las sentencias a las que se ha podido acceder de tribunales de otras Comunidades Autónomas (Aragón, Baleares, Andalucía, País Vasco, Cataluña, Cantabria¹⁹, así como Murcia, Canarias o Navarra)²⁰.

Ayuntamientos su tarea de planificación urbanística. Integración visual en el entorno, con una especial atención a los lugares de interés paisajístico o cultural. Compartición de emplazamientos entre operadores donde sea posible desde el punto de vista técnico y de control de las instalaciones.

¹⁵ Según el sistema previsto, los Ayuntamientos se centren expresamente en el proyecto urbanístico y la licencia urbanística será única. El control previo que realiza el Ayuntamiento de la necesaria obra civil que albergará la infraestructura de radiocomunicación no se materializa en tres licencias distintas (Licencia de obra, instalación y actividad) sino en una única licencia que simultáneamente autoriza la obra, la instalación y el ejercicio de la actividad.

¹⁶ Se hace referencia a la sentencia de 18 de junio de 2001 (RJ 2001\8744) –invocada por la Administración demandada en su contestación a la demanda–, siguiendo el criterio mantenido en la de 24 de enero de 2000 (RJ 2000\331), y posteriormente la de 15 de diciembre de 2003 (RJ 2004\326).

¹⁷ En este punto, quien suscribe ha tenido conocimiento de una importante cantidad de sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por su pertenencia al mismo, comprobando que son muy escasas las sentencias volcadas en las diferentes bases de datos de jurisprudencia. En este punto, cabe señalar que diversas sentencias de tribunales superiores como el de Navarra, Murcia, Canarias, simplemente se tiene conocimiento de ellas por su mención en otros documentos, como los de la Comisión Nacional mencionados.

¹⁸ El tribunal que es más próximo a quien suscribe cuenta ya con un cuerpo jurisprudencial previo al respecto. Así, entre otras muchas, especialmente cabe hacer referencia a la sentencia nº 1626/2003, de 30 de septiembre del Pleno de este Tribunal, que es referencia indispensable y cita obligada en todas las sentencias posteriores, como también lo es en la presente. Amén de esta, cabe citar también la sentencia de 12 de mayo de dos mil cuatro que resolvía el recurso contencioso-administrativo nº 682/03, (AIRTEL MÓVIL S.A., contra el Ayuntamiento de L'Olleria); la sentencia de 16 de febrero de dos mil cinco que resolvía el recurso contencioso-administrativo nº 992/03, (RETEVISIÓN MÓVIL S.A., contra el Ayuntamiento de Alborada); la sentencia de 16 de mayo de dos mil cinco, que resolvía el recurso contencioso-administrativo nº 1117/02, (AIRTEL MÓVIL S.A. (VODAFONE), contra el Ayuntamiento de Alcoi); la sentencia de 4 de mayo de dos mil cinco, sentencia del Pleno que resolvía el recurso contencioso-administrativo nº 691/03 y su acumulado nº 726/03, (TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A., y RETEVISIÓN MÓVIL S.A., contra el Ayuntamiento de Albal) y la también muy reciente sentencia de 22 de junio de dos mil cinco que resolvía el recurso contencioso-administrativo nº 1001/03, (AIRTEL MÓVIL S.A. -VODAFONE ESPAÑA S.A.-, contra el Ayuntamiento de Alborada.

Igualmente, cabe mencionar la más reciente e importante sentencia de octubre de 2005, que resuelve el recurso contencioso administrativo nº 899 de 2004 (VODAFONE ESPAÑA S.A., contra Ayuntamiento de Onda, Castellón). En la misma se opera una recopilación de la doctrina precedente, con importantes aportaciones, en particular, sobre la constitucionalidad del régimen disciplinario.

¹⁹ Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 418/2004 Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 26 mayo (RJCA 2004\893).

Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 962/2003 Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 2 diciembre (RJCA 2004\372).

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Sevilla, Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 18 marzo 2003 (RJCA 2003\869).

Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 745/2004 País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 14 octubre (JUR 2005\18055).

Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 316/2003 Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 3 abril (JUR 2004\34096).

Sin perjuicio de ello y de diversas posibles discrepancias entre los diferentes tribunales, bien puede decirse que para no pocos de los aspectos conflictivos, se cuenta ya con la respuesta de este cuerpo jurisprudencial relativamente sólido, como a continuación se observa.

Segundo. Pautas generales sobre el "principio de precaución" y el punto de vista competencial

El principio de precaución en los tribunales y la posibilidad de someter las instalaciones a licencia de actividad calificada

Muchas fueron las ordenanzas Municipales que exigían a las operadoras de telefonía móvil una "licencia de actividad" calificada como molesta, nociva, insalubre o peligrosa por cada una de las antenas instaladas. No obstante, no fue el caso de la Ordenanza marco de la FEMP de 2002, que requería una licencia singular pero, como veremos, integrable en el ámbito de las licencias urbanísticas²¹.

Pues bien, en un primer momento el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó una sentencia²² en la que se entendió que sí hacía falta licencia de actividad calificada para las instalaciones de bases y antenas telefonía móvil, sobre la base del principio de precaución²³.

En sentido contrario, tribunales como los de Navarra o Murcia, optaron por entender la no expansividad del requerimiento de licencias²⁴, mientras que el tribunal valenciano hubo de rectificar su posición pocos meses después de su postura inicial²⁵. Dicha sentencia posterior de rectificación ha pasado a ser cita obligada de dicho tribunal en los casos posteriores y una resolución de referencia por no pocos aspectos.

En la misma se hace un excursus de la evolución habida en las telecomunicaciones en los últimos treinta años, al punto de afirmar que se ha abierto "la caja de pandora, todo el mundo habla y opina de la peligrosidad de las radiaciones, de los efectos sobre la salud a corto y largo plazo etc.". Tras analizar los estudios e informes científicos más destacados, a partir del marco comunitario y el estatal, el Tribunal señala que "la normativa [estatal] no es caprichosa ni está sustentada en el vacío sino que tiene una base científica que la sustenta." "[L]as conclusiones de Administraciones, Tribunales de Justicia y Juristas deben ser las mismas, sus decisiones deben atenerse al estado actual de la ciencia, de cambiar los criterios científicos con bases sólidas, las Administraciones

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única), de 14 marzo 2003, Recurso contencioso-administrativo núm. 485/2002, JUR 2003\69257).

²⁰ En estos casos, la referencia jurisprudencial es indirecta a partir de citas en diversos documentos. Se trata de la sentencia de 14 de julio de 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 2 de octubre de 2002 y la sentencia 46/2003, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (según unas referencias), sentencia de 30 de enero de 2003, en otras referencias, siendo muy posible que se trate de la misma.

²¹ En dicha Ordenanza marco, el Capítulo IV (arts. 10-13) es el relativo al régimen jurídico de las licencias para "las obras, instalación actividad y funcionamiento las infraestructuras radioeléctricas" (art. 10). Lo problemático, como se verá resulta de alguna documentación adicional que se exige a la solicitud (Estudio de calificación ambiental, Plan de Implantación, Declaración o compromiso de mantener la instalación en perfectas condiciones de seguridad, estabilidad y ornamentación, Acreditación de la presentación ante el Ministerio de Ciencia y Tecnología del proyecto técnico).

²² Sentencia 441/2003, de 17 de marzo (Sección tercera).

²³ Esta primera solución se adoptó sobre la base del "principio de precaución" así como sobre la aplicabilidad del artículo 2 del Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y el artículo 1 de la Ley 3/1989, de 2 de Mayo, de Actividades Calificadas, al entenderse que no tiene carácter limitativo los supuestos de exigencia de licencia. De este modo, lo que pudiera calificarse como actividad de este tipo, es susceptible de requerir licencia.

²⁴ Así, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en sentencia de 2 de octubre de 2002 afirmó que "en la Ley Foral 16/1999, de Control de Actividades Clasificadas para la Protección del Medio Ambiente, no se incluye la instalación de antenas de telefonía móvil entre las actividades clasificadas, principios como el "favor libertatis", proclamado en el art. 84, 2 LRBRL, aconsejan no imponer restricciones a la libertad individual en el ejercicio de actividades económicas". Las mismas razones, "a las que se añaden la de falta de competencia" dice el tribunal valenciano "podemos observar en la sentencia 46/2003, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia."

²⁵ Así, el Pleno de la Sala dictó sentencia nº 1626/2003, de 30 de septiembre, en la que frente a la anterior negó la posibilidad de someter a tal licencia de actividad calificada en sus fundamentos segundo y tercero.

deberán cambiar su normativa y los Tribunales de Justicia revisar sus decisiones". Ya respecto el problema concreto de las antenas de telefonía móvil, el Tribunal lleva a cabo una afirmación, clara y plana, que no tiene desperdicio:

"nos encontramos con la misma paradoja que en los vertederos de basuras, vertederos de residuos procedentes de quirófanos etc., es decir, todos generamos basuras pero nadie quiere saber nada de los vertederos, muchas personas necesitan operarse pero una intervención quirúrgica genera residuos que nadie quiere oír hablar de ellos, de la misma forma, en España existen 33 millones de teléfonos móviles pero nadie quiere saber nada de tener una antena cerca de su casa, evidentemente las Autoridades, sobre todo los municipales que reciben la "presión popular más de cerca" todavía no han inventado la forma de desintegrar las basuras ni residuos de quirófanos y, desde luego hacer que funcionen los teléfonos móviles sin antenas que sirven de receptoras y repetidoras."

A la vista de lo anterior, recuerda el tribunal valenciano la Recomendación 1999/519/CE del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea –no obligatoria- y considera que el Estado español la ha asumido íntegramente con sus medidas normativas (RD 1066/2001).

Finalmente, por cuanto a la aplicabilidad del principio de precaución que había empleado la sentencia de marzo del mismo año, afirma el Tribunal que "este principio de precaución es aplicable a toda actividad humana, de sacarlo de sus justos términos no se podría poner en circulación o disposición de los consumidores ningún producto, máquina, utensilio o proceso productivo". El mismo, considera, no puede impulsar una interpretación restrictiva. Por ello, el tribunal añadió varios pilares en su argumentación para negar la exigencia de licencia de actividades calificadas: la competencia en materia de telefonía móvil, que luego se analiza, así como, sobre todo, "la total falta de informe técnico que determine que las antenas de telefonía móvil pueden ser insertadas entre las actividades molestas, nocivas, insalubres o peligrosas".

Sobre estas bases, el tribunal concluyó finalmente la falta de competencia municipal en la materia sobre la base de la salud²⁶. De este modo, y sin perjuicio de lo que sigue, es posible subrayar de esta sentencia la idea clara de este Tribunal Superior de Justicia de que no hay que dejarse llevar por los temores injustificados de los preocupados colectivos en la sociedad y las presiones que ejercen en las administraciones más cercanas. Esta convicción lleva a una comprensión del problema tendente a evitar que los municipios desvíen su competencia en la materia que lo es básicamente urbanística hacia la salud y medio ambiente.

La articulación de las competencias exclusivas del Estado con las diversas atribuciones de los municipios

Respecto del ámbito competencial, desde el Derecho comunitario se otorga gran libertad para que cada Estado distribuya sus competencias, eso sí, con la exigencia básica de que haya claridad y transparencia en dicho reparto de competencias²⁷. Para el ámbito que nos ocupa, el Tribunal

²⁶ "los Ayuntamientos no son competentes tampoco en materia sanitaria sobre los aspectos que acabamos de exponer, el mero hecho de que un instrumento, aparato o producto pueda incidir en la salud de los ciudadanos no hace competente al Ayuntamiento para regularlo, el ejemplo prototipo sería el de los medicamentos que por mucho que puedan incidir sobre la salud de los ciudadanos los Ayuntamientos no pueden decidir ni su autorización ni su venta o prohibición sino que, de observar alguna anomalía comunicarlás a las autoridades sanitarias de la Comunidad Autónoma o Estado Central."

²⁷ Así, cabe mencionar la Sentencia de 12 de junio de 2003 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta).

En la misma el Tribunal de Justicia apunta que los Estados tienen discrecionalidad para repartir las competencias en los diferentes niveles. Ahora bien, ello no puede ser un freno a la transparencia y claridad en el conjunto de los procedimientos que permitan a los operadores la instalación de sus infraestructuras de red:

Así, en el apartado 37º se dice "aunque los Estados miembros tengan libertad para distribuir las competencias a nivel interno como juzguen oportuno y para aplicar una directiva mediante medidas adoptadas por distintas autoridades (véase la sentencia de 14 de enero de 1988, Comisión/Bélgica, asuntos acumulados 227/85 a 230/85, Rec. p. I, apartado 9), no es menos cierto que debe permitirse a los particulares conocer la totalidad de sus derechos.

38 Pues bien, el régimen de autorización controvertido en materia de concesión de servidumbres de paso sobre bienes de dominio público carece de transparencia. [...] las propias autoridades luxemburguesas discrepaban sobre si

Supremo desde 2001 ha dejado meridianamente clara la cuestión competencial cuando se trata de las polémicas ordenanzas municipales.

Y es que en muchos casos se impugna la competencia del municipio para dictar buena parte de las normas que contiene la Ordenanza, en tanto en cuanto se invadirían diversas competencias exclusivas estatales del artículo 149. 1º. 16ª CE –coordinación general de la sanidad-, 21º – telecomunicaciones, radio y comunicaciones- o 23ª -básica en medio ambiente-.

El Tribunal Supremo parte de que el artículo 149.1º.21ª CE delimita las competencias estatales en materia de telecomunicaciones respecto de las Comunidades Autónomas, mientras que las competencias municipales derivan de la Ley, sin perjuicio de que la autonomía local represente una garantía institucional reconocida por la CE para la "gestión de los intereses locales" (arts. 137 y 140 CE), y de que la existencia de un reconocimiento de la competencia en una materia como exclusiva de la Administración del Estado no comporta, por sí misma, la imposibilidad de que en la materia puedan existir competencias cuya titularidad corresponda a los entes locales.

Sobre estas bases, el alto tribunal ordinario viene a concluir que la competencia estatal en telecomunicaciones no excluye la competencia urbanística, incluyendo estética y seguridad de edificaciones así como aspectos paisajísticos, sobre la base de diversos títulos competenciales²⁸. De hecho, se afirma que "Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano". Así, desde el ámbito del planeamiento urbanístico los ayuntamientos pueden –y deben- establecer condiciones para la instalación de antenas y redes.

Sin perjuicio de lo anterior, el ejercicio de la competencia municipal "no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas."²⁹ Y en este sentido, son los tribunales quienes deben efectuar este análisis de proporcionalidad.

De este modo, el punto de legitimación básico de la actuación municipal es la competencia en urbanismo³⁰, y el problema surgirá por la conexión de esta competencia con el ámbito de las

la autoridad competente para tramitar una solicitud de instalación de cables en la red de ferrocarriles era CFL, como sostenía el Ministro de Transportes luxemburgués, o bien el Estado, como afirmaba el Instituto de Telecomunicaciones luxemburgués.

39 ... el conjunto de los procedimientos administrativos dista mucho de ser transparente y que, por lo tanto, esta situación puede disuadir a los interesados de presentar solicitudes de servidumbres de paso."

²⁸ En este sentido, afirma el Tribunal Supremo en sus sentencias (cito por la de 15 de diciembre de 2003):

"1º) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales.

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

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ En esta dirección, la sentencia nº 1626/2003, de 30 de septiembre del Pleno del Tribunal Superior de Justicia valenciano afirmó que "Los Ayuntamientos pueden y deben establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones, en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles (arts. 4, 15, 86, 91 y 95 LRAU, 138-b) del TRLS de 1992, entre otros). Además, parece razonable que se establezca una regulación sobre la ubicación de los emplazamientos de las antenas de telefonía móvil, pues la naturaleza y usos urbanísticos de los terrenos de un municipio es una competencia básica de los Ayuntamientos, en lo que viene a ser la ordenación racional de su territorio, máxime si se trata de espacios o bienes protegidos o de minimizar los impactos visuales sobre los mismos. La necesidad de dicha regulación se hace más evidente si se atiende al efecto multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberalización en la provisión de redes prevista en la normativa comunitaria (Directiva 96/19/CE, de la Comisión de 13 de marzo y en la Ley 11/1998. Y ello no vulnera el derecho que tienen las empresas operadoras, consecuencia de la explotación de servicios de telecomunicación, a la ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura

telecomunicaciones. En este sentido, el Tribunal Supremo (en su sentencia de 15 de diciembre de 2003, FJ 13^o), recuerda que "las instalaciones de telecomunicaciones tienen una estrecha relación con la ordenación urbanística, la cual está reconocida en el ordenamiento estatal y en el comunitario y, por otra parte, afectan a intereses municipales de distinto orden, para cuya protección la sujeción a licencia constituye una medida proporcionada."³¹

La competencia urbanística y de ordenación paisajística municipal no se ha de confundir con la de salud o medio ambiente, ni posibilitar el decisionismo

El Tribunal Supremo también ha reiterado que los ayuntamientos, a partir de las leyes de las que derivan sus competencias³² "no son competentes tampoco en materia sanitaria [...], el mero hecho de que un instrumento, aparato o producto pueda incidir en la salud de los ciudadanos no hace competente al Ayuntamiento para regularlo, el ejemplo prototipo sería el de los medicamentos que por mucho que puedan incidir sobre la salud de los ciudadanos los Ayuntamientos no pueden decidir ni su autorización ni su venta o prohibición sino que, de observar alguna anomalía comunicarlás a las autoridades sanitarias de la Comunidad Autónoma o Estado Central."

Esta limitación de la competencia municipal para cada caso concreto implica que los tribunales excluyan la admisibilidad de unos u otros requisitos establecidos por las ordenanzas para otorgar sus licencias –urbanísticas-. En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón consideró nula la disposición que excluía la autorización de infraestructuras que superaran ciertos campos electromagnéticos³³, como lo hizo el Tribunal Superior de Justicia andaluz³⁴. Como este último Tribunal Superior ha insistido, no pueden ejercerse las competencias urbanísticas para imponer

del servicio público de que se trata (artículos 17 LOT/87, artículo 138-b) del TRLS de 1992 y 43 y siguientes Ley del Suelo de 1998)."

³¹ Con mayor profusión, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en su citada sentencia de 2 de diciembre, FJ 2^o afirma:

"Las instalaciones de telefonía móvil, aun servicio de interés general, no han de dejar de sujetarse a la ordenación del territorio y el planeamiento de la ciudad, con respeto al medio ambiente y a la salud, de modo que, insertadas en un sistema de convivencia colectiva, donde el protagonismo corresponde a la Corporación Municipal, en definitiva, no cabe desconocer las competencias que corresponde ejercer al Ayuntamiento, bien que tampoco cabe admitir que el ejercicio de esas competencias obstaculice la implantación". "la mejor forma de ordenar instalaciones como las del caso no es sino insertarlas en los instrumentos de planificación territorial".

³² Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad, que en el Capítulo III del Título II lleva como rúbrica "de las competencias de las corporaciones locales" y en el art. 42.3 establece: "...3. no obstante, los ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de otras administraciones públicas, tendrán las siguientes responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios: a) control sanitario del medio ambiente. contaminación atmosférica...y se completa b) control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones...c) control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana.

Al mismo tiempo, esta ley (en sus arts. 18, 19, 24 y 40) atribuye a la administración sanitaria las competencias de control sanitario de los productos, elementos o formas de energía que puedan suponer un riesgo para la salud humana. Así mismo, atribuye la capacidad para establecer las limitaciones, métodos de análisis y requisitos técnicos para el control sanitario.

También, cabe tener en cuenta como nos recuerda el Tribunal Supremo, que el Real Decreto 1450/2000, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo atribuye a la Dirección General de Salud Pública y Consumo la competencia para la evaluación, prevención y control sanitario de las radiaciones no ionizantes. Por último, el RD 1066/2001, en los arts. 6 y 7, establece, con carácter de norma básica y en desarrollo de la Ley 14/1986, límites de exposición y condiciones de evaluación sanitaria de riesgos por emisiones radioeléctricas.

³³ En su citada sentencia de 26 mayo se decía que:

"la competencia para la determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerables y que no supongan un peligro para la salud pública corresponde al Gobierno, el que, en el referido Real Decreto, ha establecido los límites de exposición, no correspondiendo, por tanto, a los Ayuntamientos; por lo que al fijarlo el Ayuntamiento demandado en el precepto impugnado ha de considerarse que, efectivamente, se ha excedido en sus competencias" (FJ 10^o).

³⁴ Sentencia de 18 marzo 2003, FJ^o 9:

"dicha disposición se está invadiendo la competencia sectorial, en cuanto que al establecer el máximo de exposición, directamente determina una característica técnica cualificada de las instalaciones y añade medidas adicionales medioambientales para las que no tiene competencia, las que sólo puede imponerse en la normativa estatal. RD 1066/01, o autonómica, no desarrollada en este ámbito en la Comunidad Autónoma Andaluza."

limitaciones que traen causa de la preocupación en salud o medio ambiental sobre las que la ley no les ha atribuido competencia o tal atribución ha sido limitada³⁵.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia catalán anuló la posible negación de licencias para "aquellas instalaciones que provoquen un impacto visual o medioambiental no admisible". En este punto, señaló que "no debe olvidarse que las licencias urbanísticas tienen carácter reglado y por tanto la compatibilidad o no con el entorno deberá determinarse no de forma subjetiva por el funcionario o autoridad actuante, sino conforme al planeamiento y ordenanzas concretas aplicables en el sector [...] y a lo que pueda señalar sobre el tema la normativa medioambiental aplicable".

Tercero. Problemas concretos y típicos que han suscitado las ordenanzas y su resolución judicial

Las facultades de los municipios de imponer restricciones especiales y distancias mínimas a la ubicación de instalaciones

La normativa estatal no regula en modo alguno una prohibición general de ubicación de instalaciones próximas a espacios sensibles como centros escolares u hospitales³⁶. De hecho, tampoco la misma Ordenanzas marco de la FEMP lo hace, sino que añade únicamente que en estos casos "las medidas se extremarán"³⁷. Asimismo, tampoco se contiene ninguna prohibición de instalación por distancias mínimas a zonas urbanas, por ejemplo. No obstante, diferentes ordenanzas municipales establecen restricciones o prohibiciones de instalación en proximidades a estos espacios sensibles³⁸. También, en otros casos se han establecido mínimos de distancia respecto del núcleos poblacionales³⁹. En unas y otras se adivina una clara finalidad de protección de la salud ante el presunto riesgo, mas no finalidad paisajística o urbanística alguna.

Pues bien, los tribunales únicamente han admitido en las ordenanzas la mera remisión a la reglamentación estatal⁴⁰. Sin embargo, en cuanto la Ordenanza modifica o contradice esta norma

³⁵ Sentencia de 18 marzo 2003,:

"Tampoco puede el Ayuntamiento utilizar las ordenanzas que nos ocupa para introducir normas de protección ambiental que no le corresponde, en tanto que los Ayuntamientos no están investidos de la potestad para dictar normas adicionales de protección respecto de las estatuidas por el Estado, RD 1066/2001 o en su caso, por la Comunidad Autónoma, en tanto que el art. 25 f) LBRL les otorga competencia en materia de medio-ambiente en los términos de la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas. Por lo que al no existir una habilitación legal expresa que les confiera la posibilidad de establecer normas más rigurosas en el ámbito del municipio, su actuación deberá limitarse a comprobar el respeto de las medidas medioambientales establecidas en la normativa estatal o, en su caso, autonómica, controlando en el momento de la puesta en funcionamiento de las instalaciones que efectivamente se respetan las medidas medioambientales previstas en la legislación estatal o, en su caso, autonómica y durante el desarrollo de su funcionamiento puede, igualmente, llevar a cabo el control de que se mantiene la observancia de las medidas medioambientales." (FJº 5).

"Las Corporaciones Municipales por tanto, no tienen, competencia para regular una materia afectante directa y sustancialmente al sector de las telecomunicaciones y medioambientales. Ciertamente posee competencias sobre protección de la salud pública, en los términos antes transcritos del art. 42 de la Ley 14/86, mas las mismas se desenvuelven en el control sanitario de las expresadas instalaciones, no, como sucede con la determinación referida, mediante la regulación de concretas características técnicas de las instalaciones." (FJ 9º).

³⁶ Al respecto, el artículo 8. 7 d) del Real Decreto 1066/2001 dispone que "En la planificación de las instalaciones radioeléctricas, los titulares de las mismas deberán tener en consideración, entre otros criterios, los siguientes: [...] d) De manera particular, la ubicación, características y condiciones de funcionamiento de las estaciones radioeléctricas debe minimizar, en la mayor medida posible, los niveles de emisión sobre espacios sensibles, tales como escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos."

³⁷ Artículo 8 b) de la Ordenanza marco.

³⁸ En este sentido, no es extraño encontrar textos que dispusieran: "en general, se prohíbe la instalación de estas infraestructuras en escuelas, centros de salud, hospitales, parques públicos, así como en edificaciones o edificios colindantes a estos espacios o que se sitúen en el linde o frente de fachada de los mismos".

³⁹ Por ejemplo: "La ubicación de las instalaciones no se autorizará en un radio menor de 1000 metros del suelo clasificado como urbano o urbanizable. En los suelos rústicos en los que se encuentren ubicados centros educativos, sanitarios, geriátricos, se mantendrá la obligatoriedad de distancia de dicho radio teniendo en cuenta que serían frecuentados por la población más propensa a resultar afectada en su salud".

⁴⁰ Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en la citada sentencia nº 1626/2003, de 30 de septiembre del Pleno, afirma que es: "plenamente ajustado a derecho lo que resulta ser una

estatal, se ha anulado dichas limitaciones específicas, ya para tales espacios sensibles⁴¹, ya las distancias mínimas de las instalaciones respecto de suelos urbanos, urbanizables o rústicos poblados⁴². A parte del fundamental argumento de la falta de competencia medio ambiental y de salud del municipio⁴³, se arguye en casos la necesidad de una normativa de planeamiento, que no puede serlo la Ordenanza (Tribunal Superior de Justicia andaluz). En otros casos, se añade, además, la irracionalidad que implica que al alejar las antenas de los núcleos poblacionales debe hacerse más intensa la señal (como el caso del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria⁴⁴).

La exigencia de un Plan de implantación y sus límites

La Ordenanza marco de la FEMP de 2002, en su Capítulo II (arts. 3-7) impone la "planificación de la implantación y desarrollo" de las infraestructuras de telecomunicaciones. Para ello, requiere

invocación de la exigibilidad en materia de exposición humana a los campos electromagnéticos de la reglamentación prevista en el RD 1066/2001, de 28 de septiembre, lo que constituye una correcta remisión a la normativa aplicable, por cierto, de carácter estatal, y sin que se disponga medida alguna que contradiga o modifique la regulación de tal reglamentación sobre condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas."

⁴¹ Ver, por ejemplo, la muy reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de octubre de 2005, que resuelve el recurso contencioso administrativo nº 899 de 2004.

⁴² Así, por ejemplo, en el caso del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, fundamentando la nulidad en una conjunción de vicios en su FJ 10º: "Por tanto, una previsión como la que nos ocupa, en la que se contiene una determinación de ordenación del territorio, sólo puede encontrar su instrumento idóneo de ordenación en los establecidos expresamente para dicha finalidad, esto es en los instrumentos de ordenación, en los planes de distintos ámbitos que se prevean, no siendo, pues, una Ordenanza reguladora de la instalación y funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación la disposición adecuada a efecto de realizar dicha ordenación. La función ordenadora de la infraestructura de las telecomunicaciones le viene, pues, reservada a los planes de carácter normativo, lo que ha de conllevar por la estructuración natural de las competencias y los ámbitos de actuación, que las ordenanzas municipales se limiten a la misión de complementar y completar, en su caso, el planeamiento de ordenación en los términos ya vistos.

Junto a lo anterior es de destacar que la limitación impuesta carece de justificación alguna,[...] no existe dato alguno que permita justificar que razones urbanísticas, paisajísticas, de imagen de la ciudad o medioambientales, cuando todo parece indicar hipotéticamente que dicho alejamiento de las instalaciones al casco urbano, a los lugares habitados, responde al temor de la incidencia que aquellas pudieran tener en la salud humana, la conclusión se impone. [...] sin que sea, por demás, como ya lo hemos indicado ut supra competencia municipal el regular una materia que por mor de los arts. 149.1.16 y 21 de la CE corresponde al Estado, y dado que las únicas razones que se vislumbra son razones estrictamente sanitarias, es al Estado al que corresponde dicha regulación no siéndole posible al Ayuntamiento de Santiponce establecer la prohibición vista por razones de sanidad mas cuando sin apoyo objetivo que lo avale la medida deviene caprichosa y puramente voluntarista."

Ya, anteriormente y en el mismo sentido, cabe referir las sentencias del Tribunal Superior de Justicia Andalucía – Sevilla de 1 de octubre (limitación de 610 metros) y de 12 noviembre 2002. También, se cita en algunos informes la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 30 de enero de 2003 (para una limitación de 350 metros a zonas sensibles): "se trataría de una norma de naturaleza medio-ambiental [...] la conclusión no puede ser otra que la de excluir la competencia de los entes locales para establecer medidas adicionales de protección medio-ambiental si no están investidos de una habilitación legal específica."

⁴³ En especial y con claridad, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en su citada sentencia de 26 mayo de 2004, FJ 13º donde se afirma:

"La fijación de tal distancia respecto a dichos centros como límite para la ubicación de tales instalaciones no es sino una medida de protección de la salud de las personas frente a emisiones radioeléctricas, que, como resulta de lo dicho en el fundamento de derecho décimo, ha de estimarse que excede de la competencia municipal."

⁴⁴ En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 17 de junio de 2003, en la que se manifiesta:

"Únicamente se debe excluir de esta conclusión la exigencia de que las antenas se instalen en suelo no urbanizable, medida que resulta desproporcionada e irracional a la vista del informe, que consta en el expediente administrativo, emitido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Efectivamente, en este informe se pone de manifiesto que el hecho de alejar las antenas de los centros urbanos obliga a que las emisiones sean de mayor potencia, lo que eleva los niveles radioeléctricos y contradice, por tanto, la finalidad de la norma que es, como se viene diciendo, la prevención frente a posibles daños por las emisiones de las antenas. Resulta, pues acreditada la irracionalidad y desproporción de la medida de exclusión general de las antenas del suelo urbano, por lo que deben ser atendidas las alegaciones del recurrente en relación con esta exigencia."

como “condición indispensable” (art. 6) la presentación ante el Ayuntamiento de un “Plan de Implantación”⁴⁵. Dicho plan ha de contemplar el conjunto de toda la red del término municipal. En el mismo, se ha de justificar la solución propuesta con criterios técnicos de cobertura geográfica y en relación a otras alternativas posibles. Dicho Plan puede ser conjunto para los diversos operadores de una zona. También, el Ayuntamiento a la vista del Plan puede exigir la coordinación de operadores. Dicho plan precisa de la reunión de documentación diversa (memoria de servicios, descripción de construcciones, esquema de infraestructuras y su localización, programa de ejecución y de mantenimiento, etc. (art. 4). Asimismo, la elaboración del Plan ha de seguir diferentes criterios, que incluyen la minimización de emisiones radioeléctricas.

Esta exigencia de Plan de implantación ha sido admitida por el Tribunal Supremo, que la considera como una “medida razonablemente proporcionada para asegurar [la] eficacia” de las “directrices emanadas de la Administración estatal en el marco de sus competencias”⁴⁶. Diversos tribunales superiores también han considerado admisible la obligación del Plan de implantación⁴⁷.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, desde un inicio dio por válida esta obligación, “siempre que su finalidad sea la de garantizar una armonía en el establecimiento de este tipo e redes frente a los intereses medioambientales y urbanísticos concretos que traten de protegerse”⁴⁸. Más recientemente, ha señalado que la vinculación que dichos planes tienen sobre las operadoras es relativa. Se recuerda en este sentido que se trata de previsiones que pueden exigir su ulterior modificación, justificada en que “no caben denegaciones absolutas del derecho de los operadores a la instalación de su infraestructura”⁴⁹. También, se ha advertido que “la exigencia de este programa de desarrollo no puede ser un pretexto para que el Ayuntamiento abandone las competencias que le corresponden en relación con la labor de planificación”⁵⁰.

Sin perjuicio de la admisibilidad de esta exigencia de un Plan de implantación, la justicia ha expresado diversas cautelas, mencionándose el posible desvío de poder por imponer requisitos que fueran barreras reales a la actividad, que encubriese las intenciones de los municipios de fiscalizar la instalación para finalidades diferentes a las atribuidas⁵¹. Ello se ha anudado, a su vez, al análisis de la proporcionalidad de la medida y su idoneidad si lo requerido para el Plan de implantación – justificado por unos motivos- no obedeciera a las finalidades admisibles que éste tiene en razón de la competencia municipal⁵².

⁴⁵ En algunas ordenanzas denominado “Programa de desarrollo de implantación”.

⁴⁶ Así en FJ 3º de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2003.

⁴⁷ Ver, por ejemplo, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 26 de mayo de 2004 (FJº) o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 14 octubre de 2004 (Fj 3º), además de la Comunidad Valenciana, como a continuación se detalla, también se ha admitido. Entre otras, cabe señalar que para Andalucía se ha señalado que “Estas exigencias, asumibles en abstracto, no pueden en su aplicación rebasar las exigencias aquí expuestas en palabras del Tribunal Supremo: “no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.”

⁴⁸ Ver, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en contestación a la consulta planteada por la Asociación Nacional de Industrias Electrónicas y de telecomunicaciones sobre diferentes cuestiones relacionadas con la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones de telefonía móvil y fija inalámbrica, por el Consejo, el 24 de enero de 2003.

⁴⁹ Ver, Informe al Ayuntamiento de Totana... cit. de 29 de junio de 2005.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Así, recientemente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de octubre de 2005, que resuelve el recurso contencioso administrativo nº 899 de 2004, ha añadido que (FJ 6º):

“De nuevo, el juicio debe centrarse en si estas exigencias razonables en el ámbito de las competencias que sí tiene el Ayuntamiento, no encubren otras respecto de la materia que, como se ha insistido, trasciende de la competencia estatal. En este punto, hay que insistir que una interpretación de la exigencia de planeamiento y su aprobación que viniese a suponer un control técnico de competencias ajenas a las municipales incurriría en desviación de poder u otras infracciones del ordenamiento jurídico. Ello mismo sería el establecimiento de barreras materiales arguyendo la legitimidad competencial cuando lo que pudiera entenderse que se trataría de poner obstáculos a una actividad sobre la que el ayuntamiento no tiene competencia”.

⁵² En concreto, por cuanto a la razonabilidad de las exigencias de documentación, características técnicas, etc. por los ayuntamientos, se añade: “este Tribunal debe llamar la atención sobre diversas exigencias que en abstracto resultan admisibles, si bien, su aplicación concreta por el Ayuntamiento debe quedar guiada siempre por el escrupuloso cumplimiento de sus competencias respecto de los intereses públicos ambientales, urbanísticos y culturales a los que el Tribunal Supremo hace referencia.” Estas exigencias, asumibles en abstracto, no pueden en su

Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁵³ ha afirmado "la imposibilidad técnica de presentar los planes de implantación, como la incorrección jurídica de su exigencia, por ser contraria a los principios urbanísticos de jerarquía normativa y carácter reglado de las licencias". También, se ha dicho que esta exigencia "implicaría, no una regulación general específica de las instalaciones de radiocomunicación, sino un conjunto de programas privados que podrían dar lugar a decisiones arbitrarias por subjetivas, dada la falta de previos criterios generales"⁵⁴.

El quebrantamiento del principio de neutralidad tecnológica por la obligación de uso de "la mejor tecnología disponible"

Otro aspecto de los típicamente conflictivos en razón de estas ordenanzas es, en el marco la imposición de conservación y mantenimiento de las instalaciones, la obligación del uso de "la mejor tecnología" y su posible quebranto del principio de neutralidad tecnológica⁵⁵. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones⁵⁶ recuerda que la legislación de telecomunicaciones se acoge al principio de neutralidad tecnológica, de forma que han de ser los operadores quienes elijan aquella tecnología que resulte más conveniente a sus intereses, sin perjuicio del debido respeto que en todo momento han de prestar a los intereses públicos que las normas tutelan, entre los que pueden encontrarse valores urbanísticos, paisajísticos o medioambientales. Así, la iniciativa es de los operadores. Por ello, la Comisión concluye que una previsión que con carácter genérico obligue a los operadores a una constante adaptación a la mejor tecnología disponible, además de suponer unas inversiones que muchos de los operadores no pueden ni tienen el deber de afrontar conforme a la legislación vigente, puede no venir justificado por la defensa de ningún interés público concreto –de los que son competencia del Ayuntamiento- o no son un mecanismo proporcionado para garantizar dicha protección.

Diversos tribunales superiores, como el valenciano, han anulado estas previsiones por falta de competencia municipal al respecto y su contravención del sistema de condiciones para la competencia en la Comunidad Europea⁵⁷. En Andalucía se ha añadido que "El que en el momento de la solicitud se exija la utilización de la tecnología menos impactante para el medio ambiente, visual y sobre la salud de las personas resulta hasta innecesario" (FJ 11º)

Ello no obsta para que se admita la exigencia de la mejor tecnología vinculada a la competencia municipal. En palabras del Tribunal Superior de Justicia de Aragón: "Se trata de que las instalaciones produzcan en la medida de lo posible el menor impacto visual y ambiental, sin que ello suponga desconocer la competencia estatal en cuanto a homologación de equipos y la fijación de las condiciones técnicas" (FJ 6º).

aplicación rebasar las exigencias aquí expuestas en palabras del Tribunal Supremo: "no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas." En el análisis de dicha proporcionalidad, la congruencia de la medida al respecto de las competencias municipales juega un elemento esencial, a fin de vigilar que bajo pretendidos intereses ambientales, urbanísticos y culturales se encubra el referido desvío e intención de controlar aspectos técnicos sobre los que el Ayuntamiento no tiene competencia."

⁵³ Sentencia de 3 abril de 2003 (FJ 3º). En la misma se citan también la sentencias nº 610 de 28 de junio de 2002.

⁵⁴ Así en sentencia nº 318 de 3-4-2003, en Recurso nº 694/2000.

⁵⁵ En este sentido, cabe recordar que la Ordenanza marco de la FEMP dispone en su artículo 14. 1º este deber de conservación: "Los titulares de las licencias, así como los propietarios de las instalaciones, están obligados a mantenerlas en las debidas condiciones de seguridad, estabilidad y conservación, así como a incorporar las mejoras tecnológicas que contribuyan a minimizar el impacto ambiental y visual de las mismas."

⁵⁶ Contestación a la consulta planteada por la Asociación Nacional de Industrias Electrónicas, cit.

⁵⁷ Así, la Sentencia nº 1626/2003, de 30 de septiembre del Pleno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana afirma:

"una vez definida por la Unión Europea "la mejor técnica disponible" se establecen los correspondientes plazos de adaptación por parte de las legislaciones y los estados deben respetarlas, siendo posible que estos plazos de adaptación sean diferentes según el grado de avance tecnológico de cada estado, con todo no son los Ayuntamientos (salvo disposición expresa de la normativa Europea o Nacional) los que definen la "mejor técnica disponible" ni los plazos de adaptación a esas técnicas, de la misma forma que, por el hecho de que se descubriese un método nuevo que ahorrase un 25% de combustible un Ayuntamiento no podría obligar a cambiar el vehículo en el plazo de dos años a los ciudadanos o prohibir su paso por la ciudad se deberá atener a la normativa general, por más que pudiera alegar que sería muy beneficioso para la salud o medio ambiente."

Uso compartido, deber de conservación y garantías adicionales

Tres cuestiones particulares merecen ahora la atención, a saber: la imposición uso compartido de emplazamiento para instalaciones en dominio público; el deber de conservación y mantenimiento de las condiciones de seguridad y salud y la imposición de revisiones periódicas y la imposición de una garantía adicional de fianza o seguro de responsabilidad

En primer lugar, la Ordenanza marco de la FEMP en su artículo 8º regula la posible obligación de uso compartido de instalaciones en terrenos de dominio público o la integración estética de las diferentes instalaciones sitas en una misma ubicación⁵⁸. Se trata de otro ámbito típico de oposición por las operadoras.

El Tribunal Supremo⁵⁹ señaló que está dentro de la competencia municipal "posibilitar sin imponer el uso compartido de instalaciones, en base a razones urbanísticas, medioambientales o paisajísticas". Por su parte, tribunales inferiores, admitiendo la posible imposición de la obligación de compartir han insistido en considerarla "como una medida de carácter excepcional, por lo que habrá de examinarse, en cada caso que la misma se adopte, si efectivamente está justificada"⁶⁰. En algunos casos se ha anulado esta obligación de uso compartido por estar formulada en términos genéricos y no motivarse⁶¹.

En segundo término, otro elemento conflictivo lo constituye el deber de conservación y mantenimiento de las condiciones de seguridad y salud y la imposición de revisiones periódicas. Al respecto se ha dicho que "Esta exigencia controladora e inspectora sería totalmente ilegal si se desviase de las finalidades e intereses propios de la competencia municipal"⁶². Sobre esta base, se ha considerado nulo, por ejemplo, imponer la presentación de "certificación del cumplimiento de los niveles de emisión según los establecidos por el órgano competente" pues "ello unido al hecho de la presentación en su caso del 'plan de medidas correctoras de los problemas detectados', se entiende que implica la asunción de funciones controladoras y fiscalizadoras en materias de salud y telecomunicaciones que el Ayuntamiento no tiene."⁶³

En tercer lugar, otro de los típicos aspectos conflictivos de las ordenanzas municipales es el relativo a la imposición de una garantía adicional de fianza, a lo cual habilita, por ejemplo, la Ordenanza marco de la FEMP⁶⁴.

Los tribunales han sido claros en contra de estas fianzas. Al respecto, se ha dicho que "las citadas exigencias reglamentarias carecen de cobertura legal, pues no solo no pueden en su exigencia ampararse los municipios en sus competencias de protección urbanística, medioambiental, del patrimonio histórico o de la salubridad pública, pues se trata de posibles compensaciones a particulares frente a posibles daños, sino que es la Administración del Estado la que detenta la competencia exclusiva sobre legislación mercantil, señalando el art. 75 de la ley 50/1980 que será el Gobierno el que establezca los supuestos en que es obligatorio suscribir un seguro de esta índole."⁶⁵

⁵⁸ 8 Uso compartido.

A. El Ayuntamiento podrá establecer la obligación de compartir emplazamiento para aquellas instalaciones que se ubiquen en terrenos de dominio público.

B. Cuando se trate de la utilización por diferentes operadores de una determinada ubicación, se procurará la menor separación entre las diferentes antenas y la mejor composición rítmica, para lograr la máxima integración en el paisaje urbano.

⁵⁹ En su sentencia de 15 de diciembre de 2003.

⁶⁰ Así, Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en su citada sentencia de 26 mayo de 2004, FJ 9º, con cita de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 de marzo de 2003.

⁶¹ Así, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 3 de abril de 2003: "el precepto adolece de indeterminación absoluta ya que no establece dato objetivo alguno en el que apoyar la exigencia de compartir emplazamientos, y vulnera el régimen reglado de las licencias establecido en el art. 247 del Decret Legislatiu 1/1990, Texto Refundido de disposiciones legales en materia urbanística vigentes en Cataluña."

⁶² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de octubre de 2005, que resuelve el recurso contencioso administrativo nº 899 de 2004.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Así, artículo 17, sobre Fianzas: "El Ayuntamiento podrá exigir una fianza al titular de la instalación para cubrir la ejecución de todas las medidas de protección y de corrección que se impongan y el desmantelamiento de la misma."

⁶⁵ Sentencia nº 1626/2003, de 30 de septiembre del Pleno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, reiterada en numerosas ocasiones.

Igual suerte ha corrido la imposición de suscripción de un seguro de responsabilidad civil por el municipio pues "Ningún título competencial avala el establecimiento de las condiciones vistas para la concesión de la licencia, ni las exigencias de las referidas garantías poseen contenido urbanístico o medioambiental."⁶⁶

El quebrantamiento del principio de legalidad por regular la ordenanza un régimen sancionador

Por último, cabe tener en cuenta la polémica inclusión en muchas ordenanzas de un capítulo sobre "régimen de protección de la legalidad y sancionador de las infracciones"⁶⁷. En este sentido, es habitual que se atribuya al Ayuntamiento la facultad de inspección⁶⁸, se determinen las sanciones a aplicar⁶⁹ así como los tipos disciplinarios y las sanciones a aplicar por su comisión⁷⁰. El problema es doble, bien por incluirse ámbitos que poco pueden justificarse desde la competencia urbanística, bien –y especialmente– desde el punto de vista del principio de legalidad y la clara innovación que estas regulaciones implican.

Para analizar estos supuestos, debe distinguirse el caso de que la Ordenanza simplemente remita a la normativa urbanística aplicable por cuanto al régimen sancionador, sin innovar o modificar nada. En este caso, los tribunales admiten la mera inclusión remisiva del apartado relativo al Derecho disciplinario aplicable bajo la cobertura de la ley⁷¹.

Pues bien, desde el punto de vista del principio de legalidad la materia es bien compleja y al respecto no puede desconocerse una línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional abierta desde 2001⁷² y recogida por el Tribunal Supremo⁷³ que viene a flexibilizar la reserva de ley en el ámbito disciplinario para el nivel local. Y es menester señalar que, ya para el ámbito de estas peculiares ordenanzas de instalaciones de infraestructuras de telefonía, se dio un precedente en Cantabria. Ahí se ha dicho –y reiterado– que la legislación urbanística autonómica satisface las exigencias constitucionalmente requeridas para dotar de cobertura legal la Ordenanza por cuanto a su establecimiento de un régimen sancionador⁷⁴.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Capítulo VI, artículos 18-20 de la Ordenanza marco de la FEMP.

⁶⁸ Artículo 18 de la Ordenanza marco.

⁶⁹ Artículo 19.

⁷⁰ Artículo 20.

⁷¹ Recientemente se ha dicho por el Tribunal Superior de Justicia valenciano que "También, y por último, hay que señalar que no se da en este supuesto lo que en otros casos ha sucedido: que la Ordenanza enjuiciada incluya una regulación disciplinaria que es mera remisión a la normativa general aplicable. En este sentido, por ejemplo, el FJ 13º de la sentencia de 15 de diciembre de 2003: "Por lo demás, la remisión del artículo 10 de la Ordenanza al régimen urbanístico sancionador no suprime los requisitos inherentes a su procedencia y aplicación en cada caso, por lo que no puede considerarse en sí contraria al ordenamiento jurídico." Ver, sentencia de octubre de 2005.

⁷² En la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio de 2001 (en especial FJ 6º) se declara que la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que esta regulación la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. El Tribunal Constitucional continúa declarando que esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley. Se sostiene que los municipios no pueden tipificar por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones. Se continúa expresando que la flexibilidad alcanza a que no sea exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador. La ley ha de fijar los criterios mínimos de antijuridicidad, de modo que establezca criterios que orienten y condicionen la valoración por cada municipio al establecer los tipos de infracción. La misma exigencia se mantiene en definitiva respecto a las sanciones.

⁷³ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 29 septiembre 2003.

⁷⁴ Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única), de 14 marzo 2003, Recurso contencioso-administrativo núm. 485/2002, JUR 2003\69257, FJ 12º. En la misma se recuerda que "La Sala con anterioridad ya ha resuelto la cuestión mencionada objeto de debate entre las partes en Sentencia dictada en el recurso de Apelación número 68/2001, dictada en fecha 16 de julio de 2001". Se concluyó que:

"La Sala entiende, por tanto, que el precepto de la Ordenanza del Ayuntamiento de Santander cuestionada no vulnera el principio de reserva de Ley ya que si bien el art. 25.1º CE (RCL 1978\2836), como garantía de los ciudadanos, impide que nadie pueda ser sancionado por infracción administrativa, sino a tenor de la legislación vigente al momento de cometerse la infracción, al contemplar el art. 25.1º CE en el caso del recurso de apelación que nos ocupa, debe empezarse por señalar que la tipicidad de las infracciones administrativas, como expresión de una conducta determinante de sanción, es el principio en el que descansa el Derecho administrativo sancionador. Es necesario, por lo tanto, que el hecho típico (acción u omisión) esté definido en la Ley como trasgresión, y que la

Por el contrario, en la Comunidad Valenciana, muy recientemente se ha separado del criterio de Cantabria, sobre la base de que la legislación urbanística valenciana no da cobertura a la regulación municipal sancionadora⁷⁵.

A modo de conclusión

A lo largo de las anteriores páginas se ha pretendido llevar a cabo un análisis exhaustivo de la conflictividad de las ordenanzas municipales sobre instalación y funcionamiento de equipos de telecomunicaciones, en particular, antenas de telefonía móvil. Se han mencionado las causas políticas y sociales que hay detrás de esta fuente de conflictos jurídicos y se ha querido mostrar de forma ordenada las soluciones que se han aportado desde distintos ámbitos, en particular, los que han tenido la palabra última en tales conflictos, que no son otros que los tribunales. A ellos han acudido en numerosas ocasiones los operadores de telefonía móvil.

Pese a que el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de elaborar una exhaustiva doctrina para resolver algunos de los conflictos, sí que han quedado asentadas las pautas generales. Asimismo, se cuenta ya con un nutrido cuerpo jurisprudencial desde los tribunales superiores de justicia de las diversas Comunidades Autónomas. No obstante, también es cierto que el acceso a este cuerpo no es sencillo.

En todo caso, ha podido observarse cómo los elementos de conflicto básicos, que no son que la adopción o no de un principio de precaución y, sobre todo, la conflictiva concurrencia competencial, sí han merecido respuestas bastante contundentes. Los tribunales, sin perjuicio de alguna sentencia particular, no han querido caer en la presión social ante un temor, hoy por hoy injustificado, a las antenas de telefonía móvil. Puede pensarse que los tribunales han preferido no imponer una *venda* de excesiva seguridad antes de probarse la *herida* del peligro efectivo, bajo la inteligencia de que dicha imposición al sector tendría un coste empresarial y funcional bien importante. Asimismo, no sin dificultades, el criterio claro ha sido el de legitimar la actuación municipal sobre la base de su competencia urbanística, pero que este punto de legitimación no sirva como excusa para la regulación y establecimiento de limitaciones y condicionamientos cuya única razón es la ambiental y de salud, ámbitos para los que se niega la competencia municipal casi radicalmente.

Por cuanto a los diversos problemas concretos que típicamente se han suscitado, las respuestas judiciales son bastante homogéneas: no se admiten restricciones especiales y geográficas a las instalaciones; en general se admite la exigencia de plan de implantación; en general no se admite como exigencia tecnológica, sino visual y paisajística la imposición de incorporar las mejoras tecnológicas; por cuanto a la imposición de conservación y mantenimiento de instalaciones, en general se admite, mas no desde la salud sino de la seguridad de las construcciones; no se admite en

sanción esté también determinada en la Ley. El TC, ha señalado que el alcance de la reserva legal en materia de infracciones y sanciones administrativas, no puede ser tan estricto como en el ámbito de los ilícitos penales (SSTC 87/1985, de 16 julio; 2/1987, de 23 enero, y 42/1987, de 7 abril). Y es que el art. 25.1º CE, prohíbe la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley; pero no impide la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora" (FJ 5º de la última de las sentencias citadas).

Cabe señalar que para el caso cántabro, hay que tener en cuenta la particularidad urbanística con relación a otros casos, en razón de la Ley del Suelo aplicable en Cantabria.

⁷⁵ Así, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de octubre de 2005 se ha afirmado que

"no procede seguir para nuestro supuesto el criterio seguido por este Tribunal Superior de Justicia, en tanto en cuanto cabe recordar que la norma autonómica valenciana urbanística, la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística de la Comunidad Valenciana (LRAU) no contiene disposición alguna relativa al régimen disciplinario sancionador, por lo que la habilitación existente con las exigencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo hay que buscarla en la normativa estatal aplicable. Y bien es sabido, en este sentido, que dicha normativa estatal aplicable en modo alguno contiene referencia a la actividad municipal sancionadora que dote de la mínima cobertura legal al establecimiento de un régimen disciplinario y sancionador. No se da en la legislación estatal –la autonómica bien podría haber incluido estos elementos– una fijación de los referidos "criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer los tipos de infracciones". Tampoco es posible encontrar –y ello es lógico en razón de la temporalidad de dicha norma estatal aplicable– el establecimiento del 'las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales'.

Es por ello que no resulta factible considerar la existencia de una base habilitadora que haga de la normativa enjuiciada que supere las exigencias del artículo 25 CE."

general la imposición de fianza o seguro de responsabilidad: Por último, queda en una grave indefinición si es admisible la regulación en estas ordenanzas de un régimen sancionador, dándose hasta la fecha soluciones hasta ahora dispares en dos tribunales superiores..

Es posible que sigan suscitándose nuevos conflictos, probablemente al albur de nuevas noticias que en su caso conmocionen a la sociedad si esta preocupación se transmite a los poderes públicos – especialmente locales-. No obstante, la experiencia habida hasta la fecha ya constriñe en buena medida la posibilidad de iniciativas municipales como las que se dieron al principio y las examinadas, al haberse configurado un marco, que aún definible, es bastante claro en el reparto competencial y alcance de las facultades de los ayuntamientos en esta trascendente materia.