

*Gabriel Doménech Pascual*

## Las ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación

*Sumario: I. Introducción. II. La competencia prima facie de los municipios para ordenar las instalaciones de radiocomunicación. IV. El límite de la competencia estatal exclusiva en materia de telecomunicaciones. 1. La proporcionalidad como criterio de demarcación entre las regulaciones lícitas y las perturbadoras de la competencia estatal. 2. La ordenación de los aspectos estructurales, morfológicos y ornamentales de las instalaciones. 3. La ordenación del emplazamiento de las instalaciones. 4. La ordenación de los niveles permitidos de inmisión electromagnética. 4.1. La regulación estatal. 4.2. Las regulaciones autonómicas y municipales. 5. La obligación de utilizar la mejor técnica disponible en cada momento para minimizar el impacto ambiental de las instalaciones. 6. Los controles previos a la construcción y funcionamiento de las instalaciones. 7. El régimen jurídico transitorio de las instalaciones. V. El límite de la reserva de ley. VI. El límite del mandato de tipicidad. VII. Recapitulación.*

### I. INTRODUCCIÓN

Cualquiera conoce la viva polémica social relativa a la nocividad o inocuidad de los campos electromagnéticos generados por las estaciones de telefonía móvil y otras instalaciones eléctricas. Los científicos comenzaron a estudiar en la década de 1970 los efectos que la exposición a estos campos podía tener sobre la salud humana. Dichos efectos se clasifican en térmicos y atérmicos. Los primeros «han sido ampliamente estudiados y se comprenden en su totalidad. Están causados por el calentamiento del cuerpo cuando se sitúa en el campo de radiación directa. La mayoría de las moléculas biológicas absorben energía procedente de campos magnéticos intermitentes, que la convierten en energía cinética, y empiezan a oscilar. Esta oscilación produce calor y un aumento de la temperatura corporal». Está probado que los campos cuya magnitud rebasa determinados niveles ocasionan efectos térmicos dañinos. Acerca de los atérmicos, en cambio, existe una relativa incertidumbre. Algunos científicos afirman que campos de muy escasa magnitud, que no producen un aumento de la temperatura corporal, pueden causar efectos nocivos —v. gr., cancerígenos—. Sin embargo, el sector mayoritario y más prestigioso de la comunidad científica considera que no está acreditada dicha posibilidad<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Vid. el Dictamen del Comité de las Regiones de la Unión Europea sobre *Los efectos de las redes eléctricas de alta tensión* (DO C 393, de 13 de octubre de 1999).

La polémica ha sido alimentada también por el impacto visual negativo que algunas estaciones de telefonía móvil producen sobre el paisaje y por el hecho de que la mayoría de ellas hayan sido erigidas clandestinamente. El premio para las primeras en llegar a meta era demasiado suculento como para que las empresas de telecomunicaciones esperasen escrupulosamente a que los Municipios verificasen la legalidad de los correspondientes proyectos. Había que extender la cobertura cuanto antes para ganar clientes y ocupar una posición fuerte en un importante mercado de muy rápida expansión. Además, «desde el Ministerio de Fomento se presionaba para ofrecer el servicio lo antes posible»<sup>2</sup>.

La inquietud social despertada ha ejercido una gran presión sobre las Administraciones públicas, especialmente sobre las más «cercanas» a los ciudadanos, las municipales, que se han visto abocadas a tomar decisiones de riesgo —en la incerteza— que afectan muy gravemente a intereses tan relevantes como la salud, la libertad de empresa y el servicio de telecomunicaciones. Se comprenderá que decisiones de este tipo resulten discutibles, polémicas, difícilmente aceptables por todos.

Y ello se acentúa por la circunstancia de que muchas de esas decisiones han sido adoptadas en una situación de relativo «vacío legal». Hasta hace bien poco faltaba una normativa estatal o autonómica que regulase específicamente los principales problemas que plantean la construcción y el funcionamiento de las instalaciones de radiocomunicación. Ello suponía trasladar a las Entidades locales la responsabilidad de solucionar algunos de estos problemas, lo que causaba una cierta insatisfacción. De un lado, porque resulta dudoso que esas Entidades dispongan de los conocimientos científicos y técnicos necesarios para dar una respuesta cabal a las cuestiones planteadas. De otro, porque existe el peligro de que la diversidad de soluciones adoptadas en cada término municipal entorpezca desmesuradamente el despliegue de las infraestructuras necesarias para la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Hoy podemos constatar que el Estado y algunas Comunidades Autónomas han regulado especialmente la materia<sup>3</sup>. Sin em-

<sup>2</sup> Vid. *El País* de 13 de enero de 2002.

<sup>3</sup> Vid. la Ley 8/2001, de 28 de junio, para la ordenación de las Instalaciones de Radiocomunicación en Castilla-La Mancha (DO de Castilla-La Mancha núm. 78, de 10 de julio); la Ley Foral 10/2002, de 6 de mayo, para la ordenación de las estaciones base de telecomunicación por ondas electromagnéticas no guiadas en la Comunidad Foral de Navarra (BO de Navarra núm. 58, de 13 de mayo); el Acuerdo de 30 de junio de 2000, por el que se aprueban unas Normas Territoriales Cautelares previas a la redacción del Plan Director Sectorial de Telecomunicaciones (BO de las Islas Baleares núm. 87, de 15 de julio); el Decreto 148/2001, de 29 de mayo, de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación (DO de la Generalitat de Catalunya núm. 3404, de 7 de junio); el Decreto 267/2001, de 29 de noviembre, relativo a la instalación de Infraestructuras de Radiocomunicación (BO de Castilla y León núm. 233, de 30 de noviembre); y el Decreto 40/2002, de 31 de julio, de Ordenación de instalaciones de radiocomunicación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BO de La Rioja núm. 99, de 15 de agosto).

bargo, las disposiciones dictadas adolecen cuando menos de un defecto común: no aclaran suficientemente hasta dónde puede llegar el ejercicio de las competencias municipales.

El presente trabajo analiza la legalidad de las ordenanzas que numerosos Ayuntamientos han dictado —o están en camino de dictar— para regular la construcción y el funcionamiento de las instalaciones de radiocomunicación. El tema tiene interés práctico y carácter problemático, no sólo por las razones apuntadas, sino también porque la cuestión relativa a los límites competenciales y sustanciales de las ordenanzas municipales es ya de por sí muy oscura. Nuestro Derecho positivo no ha fijado con precisión esos límites y la jurisprudencia y la doctrina se han pronunciado sobre este punto de manera no unánime.

## II. LA COMPETENCIA *PRIMA FACIE* DE LOS MUNICIPIOS PARA ORDENAR LAS INSTALACIONES DE RADIOCOMUNICACIÓN

Los Ayuntamientos pueden, en principio, regular la construcción y el funcionamiento de las infraestructuras de radiocomunicación a fin de proteger los intereses públicos urbanísticos, ambientales y sanitarios afectados por las mismas cuya gestión la legislación estatal y autonómica les encomienda.

La autonomía otorgada por la Constitución a los Municipios para gestionar sus intereses (arts. 137 y 140) implica que aquéllos pueden dictar ordenanzas con esa finalidad, pues autonomía significa principalmente el poder de darse a sí mismo un ordenamiento propio, lo cual las Entidades locales sólo pueden hacer mediante reglamentos. Ciertamente es que la Constitución no ha precisado las competencias normativas que deben corresponderles en virtud de su autonomía, pero ello no significa que el legislador sea absolutamente libre para otorgárselas o negárselas. Como el Tribunal Constitucional ha señalado, la Norma suprema garantiza «la preservación de la [autonomía local] en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar»<sup>4</sup>. El legislador no puede privar a los Municipios de competencias que les corresponden indiscutiblemente de acuerdo con la conciencia social vigente. Y es evidente que el urbanismo y la llamada «policía de salubridad» han sido tradicionalmente, y son, uno de los principales campos de actuación de las ordenanzas municipales<sup>5</sup>.

Así, el artículo 25.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) establece que «el Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas», en diversas materias, entre las cuales se mencionan la «ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística», la «protección del medio am-

<sup>4</sup> STC 32/1981, de 28 de julio (FJ 3º).

<sup>5</sup> Vid. EMBID IRUJO, *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*, IEAL, Madrid, 1978, *passim*; SÁNCHEZ GOYANES, *La potestad normativa del municipio español*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 2000, *passim*.

biente» y la «protección de la salubridad pública». Este precepto básico concreta, de acuerdo con la conciencia social de nuestro tiempo, cuáles son las materias sobre las cuales necesariamente deben atribuirse a los Municipios competencias, «por lo que no cabe dejar a la libre disposición del legislador la posibilidad de que las Corporaciones locales intervengan sobre ellas»<sup>6</sup>. Y como las competencias propias de los Municipios deben ejercerse en régimen de autonomía (art. 7.2 LBRL), ello implica que éstos pueden normar dicho ejercicio, que han de tener atribuidas sobre tales ámbitos competencias no sólo de «simple gestión», sino también reglamentarias<sup>7</sup>. De hecho, el legislador ha dispuesto que, «en la esfera de su competencia, las Entidades locales podrán aprobar Ordenanzas y Reglamentos»<sup>8</sup>.

El problema es que el artículo 25.2 LBRL tampoco precisa hasta dónde alcanzan las competencias municipales en esas materias, sino que se remite en este punto a los términos de la legislación estatal y autonómica.

Las disposiciones que regulan específicamente las instalaciones de radiocomunicación no nos ayudan demasiado en esa labor de precisión. Las emanadas por el Estado ni siquiera hacen referencia a las competencias municipales en la materia. Las establecidas por algunas Comunidades Autónomas sí que contemplan la posibilidad de que los Ayuntamientos dicten ordenanzas, pero no aclaran en qué términos. La Ley castellano-manchega, por ejemplo, dice que aquéllos, «en el ámbito de sus competencias, podrán, de acuerdo con la presente Ley, promulgar ordenanzas que la desarrollen y adapten a las especiales circunstancias de cada municipio»<sup>9</sup>.

Otras disposiciones urbanísticas, sanitarias y ambientales sí que concretan un poco más el alcance de esa potestad de ordenanza. La circunstancia de que tales disposiciones no aludan específicamente a las instalaciones de radiocomunicación no impide que resulten aplicables a las mismas.

Así, las legislaciones urbanísticas autonómicas suelen otorgar expresamente a los Municipios competencias para regular mediante ordenanzas u otros instrumentos normativos las características constructivas, morfológicas y ornamentales de las edificaciones y limitar en cierta medida los emplazamientos de las mismas, con el fin de proteger los típicos intereses públicos urbanísticos: «asegurar un entorno ambiental, rural o urbano, adecuado al desarrollo de la persona, cuya calidad de vida y su derecho a disfrutar de una vivienda digna, así como de los espacios y construcciones constitutivos del patrimonio cultural colectivo, determinarán todas las decisiones públicas respecto a la utilización de los terrenos y las características de las construc-

<sup>6</sup> Vid. BLASCO DÍAZ, *Ordenanza municipal y ley*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 56.

<sup>7</sup> BLASCO DÍAZ, *ob. cit.* (n. 6), pp. 56, 57 y 77 y ss.

<sup>8</sup> Art. 55 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (RDLeg 781/1986, de 18 de abril).

<sup>9</sup> Disp. adic. 5.ª de la Ley de Castilla-La Mancha 8/2001. En sentido similar, *vid.* el art. 8 de la Ley Foral navarra 10/2002; el art. 9.1 del Decreto catalán 148/2001 y la norma territorial cautelar balear 17.ª -

ciones»<sup>10</sup>. Obviamente, cabe ejercer tales potestades normativas también respecto de las instalaciones de radiocomunicación para salvaguardar aquellos mismos intereses, pues estas construcciones pueden poner en peligro la seguridad de los edificios y ensuciar el paisaje, urbano o rural, llegando a deteriorar el patrimonio cultural colectivo.

El artículo 42.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad incluye entre las «responsabilidades mínimas» de los Ayuntamientos en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios el control sanitario «del medio ambiente», «de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones» y «de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana». De acuerdo con este precepto, y en el marco de la legislación estatal y autonómica, corresponde a los Municipios comprobar que las instalaciones de radiocomunicación cumplen los requisitos sanitarios legalmente establecidos. Y por las razones antes expuestas relativas a la autonomía municipal, hay que entender que estas Entidades locales también pueden normar el ejercicio de esos controles.

La normativa de actividades clasificadas consagra, asimismo, la posibilidad de que los Municipios dicten ordenanzas en este ámbito. Dado que los campos electromagnéticos generados por las instalaciones de radiocomunicación pueden resultar perjudiciales para la salud humana, su funcionamiento merece cuando menos la calificación de insalubre, por lo que a las mismas les sería aplicable el Reglamento estatal de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RAMINP)<sup>11</sup>, que declara que «será competencia de los Ayuntamientos en esta materia la reglamentación en las Ordenanzas municipales de cuanto se refiere a los emplazamientos de estas actividades y a los demás requisitos exigidos que, sin contradecir lo dispuesto en este Reglamento, lo complementen o desarrollen» (art. 6.II).

Algo semejante cabe decir en relación con la mayoría de las disposiciones autonómicas relativas a las actividades clasificadas. Por ejemplo, la Ley catalana se refiere expresamente a la posibilidad de que los Ayuntamientos regulen diversos aspectos de las actividades «susceptibles de afectar al medio ambiente, la seguridad y la salud de las personas»<sup>12</sup>, entre las cuales cabe incluir la actividad de radiocomunicación. La ausencia en otras Leyes auto-

<sup>10</sup> En palabras del art. 2.2 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística (DO de la Generalitat Valenciana núm. 2394, de 24 de noviembre).

<sup>11</sup> *Vid.* el art. 3 del RAMINP, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre. Según MOLINA GIMÉNEZ, *Las antenas de telefonía móvil. Régimen jurídico*, Aranzadi, Elcano, 2002, p. 231, también se trata de una actividad molesta. Afirman la necesidad de licencia de actividades clasificadas para estaciones de telefonía móvil, la STSJ de Madrid de 21 de septiembre de 1999 (El Derecho 46130), la STSJ de Castilla y León de 11 de octubre de 2001 (Ar. 1360) y el ATSJ de Castilla y León de 2 de enero de 2002 (Ar. 274). En contra, *vid.* la STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 1998 (Ar. 4019) y la STSJ de Asturias de 3 de diciembre de 1999 (Ar. 4706).

<sup>12</sup> *Vid.* el art. 3.1 en relación con los arts. 41.3, 44.2, 44.3 y 45.2 de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental.

nómicas de una mención expresa similar a la potestad de ordenanza conllevaría la aplicación directa del artículo 6.II del RAMINP, pues ha de entenderse que éste constituye una norma básica –en virtud de los apartados 18.<sup>a</sup> y 23.<sup>a</sup> del artículo 149.1 CE– que precisa cuál es el papel que constitucionalmente debe otorgarse a la autonomía local para ordenar el medio ambiente<sup>13</sup>.

La tesis, indiscutida, de que el Ayuntamiento puede regular las actividades contaminantes en el marco de la legislación estatal y autonómica queda corroborada por la jurisprudencia que ha declarado la validez de normas municipales que limitaban la ubicación de instalaciones ruidosas mediante el establecimiento de «distancias mínimas»<sup>14</sup> y prohibían la superación de ciertos niveles de emisión e inmisión acústica<sup>15</sup>.

En suma, los Municipios tienen *prima facie* competencia para ordenar las instalaciones de radiocomunicación. Lo problemático es determinar los límites de esta competencia, precisar qué medidas pueden establecer válidamente y cuáles no.

#### IV. EL LÍMITE DE LA COMPETENCIA ESTATAL EXCLUSIVA EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

##### 1. LA PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO DE DEMARCACIÓN ENTRE LAS REGULACIONES LÍCITAS Y LAS PERTURBADORAS DE LA COMPETENCIA ESTATAL

La competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones (art. 149.1.21.<sup>a</sup> CE) no impide que los Municipios u otras Administraciones públicas puedan regular ciertos aspectos de las instalaciones de telecomunicación<sup>16</sup>. Según ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, varias Administraciones pueden ejercer diversas competencias sobre una misma realidad social o espacio físico, siempre que concurren dos requisitos: que las competencias tengan distinto «objeto jurídico» y que el ejercicio de la competencia de cada una de ellas no «interfiera» ni «perturbe» el de las atribuidas a las restantes Administraciones<sup>17</sup>.

El «objeto» de aquella competencia exclusiva del Estado es asegurar la co-

<sup>13</sup> DOMPER FERRANDO, «Las actividades clasificadas», *Derecho del medio ambiente y Administración local*, coord. ESTEVE PARDO, Civitas, Madrid, 1996, p. 117.

<sup>14</sup> Vid. las SSTs de 22 de junio de 1994 (Ar. 5092), 20 de septiembre de 1994 (Ar. 6973) y 19 de enero de 2002 (Ar. 7324).

<sup>15</sup> Vid. la STS de 6 de febrero de 1996 (Ar. 1098).

<sup>16</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, «Competencia municipal para la ordenación del establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones», *Urbanismo y Edificación*, 4, 2001, pp. 101-116. Sobre las competencias estatales y autonómicas en este ámbito, vid. CARLÓN RUIZ, *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las Autonomías*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 211 y ss.

<sup>17</sup> Vid., por ejemplo, la STC 166/2000, de 15 de junio (FJ 3º).

recta prestación de los servicios de telecomunicaciones, en la medida en que los mismos afectan de manera muy relevante a la integración interterritorial, la unidad de la economía y la igualdad de todos los ciudadanos respecto de ciertas condiciones de vida<sup>18</sup>. Los Municipios podrán ordenar, pues, la construcción y funcionamiento de las instalaciones de radiocomunicación con el objeto de proteger otros intereses públicos: los urbanísticos, ambientales y sanitarios afectados por éstas.

Las mayores dificultades se presentan al precisar si la concreta ordenación municipal interfiere o perturba la prestación de los servicios de telecomunicaciones y, con ello, la competencia exclusiva estatal. Obviamente, los términos «perturbación» e «interferencia» no equivalen a cualquier tipo de influencia, sino a una cualificada. De lo contrario, las Comunidades Autónomas y los Municipios tendrían absolutamente prohibido regular siquiera los aspectos urbanísticos, sanitarios o ambientales de las infraestructuras de radiocomunicación, pues cualquier regulación de estos aspectos influye inexorablemente de alguna manera sobre la prestación de aquellos servicios. El problema consiste en deslindar las influencias lícitas de las «perturbadoras». Para resolverlo, el Tribunal Supremo ha utilizado el criterio de la proporcionalidad. Como es sabido, en virtud del mismo las actuaciones de los poderes públicos deben ser: *útiles*, es decir, adecuadas para satisfacer un fin legítimo; *necesarias*, esto es, las menos restrictivas de todas las útiles; y *ponderadas*, de manera que los beneficios de las medidas superen a sus costes.

El criterio se consagra en la STS de 24 de enero de 2000 (Ar. 331), que declara la validez de una ordenanza que regulaba la ocupación del dominio público municipal necesaria para la explotación de servicios de telecomunicación, y en la de 18 de junio de 2001 (Ar. 8744), de gran interés para nuestro trabajo por cuanto confirma en casación la validez de la Ordenanza de instalación de antenas del Ayuntamiento de Barcelona:

«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». Ahora bien, «el ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede... traducirse... en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas». «Por ello puede resultar útil... el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar».

El Supremo sigue así la línea apuntada por el Constitucional español y otros

<sup>18</sup> En sentido similar, GONZÁLEZ GARCÍA, *ob. cit.* (n. 16), pp. 105 y 106.

órganos jurisdiccionales europeos de emplear la máxima de la proporcionalidad para resolver cuestiones relativas a la distribución de competencias entre Administraciones públicas<sup>19</sup>, y no sólo para juzgar la licitud de las actuaciones de los poderes públicos limitativas de derechos. No obstante, debe repararse en que ambos problemas se hallan estrechamente relacionados en el presente caso. Una norma municipal que obstaculiza desproporcionadamente la prestación de un servicio de telecomunicaciones perturba la competencia de que dispone el Estado para regular esta actividad y, a la vez, constituye una restricción inconstitucional de la libertad empresarial del prestador del servicio.

## 2. LA ORDENACIÓN DE LOS ASPECTOS ESTRUCTURALES, MORFOLÓGICOS Y ORNAMENTALES DE LAS INSTALACIONES

Algunos Ayuntamientos han regulado con cierto detalle las características estructurales y morfológicas (dimensiones, altura máxima, visibilidad desde la vía pública, prohibición de situar instalaciones en las fachadas, etc.)<sup>20</sup> que deben poseer las infraestructuras de radiocomunicación. Estas medidas, establecidas normalmente por razones paisajísticas y de seguridad de las edificaciones, son en principio admisibles salvo, claro está, que se acredite que su cumplimiento resulta técnicamente inviable o desmesuradamente costoso. El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse en concreto sobre «el requisito de aportar una justificación de la estabilidad de la antena y de las medidas adoptadas para protección frente a descargas eléctricas e interferencias», juzgándolo «proporcionado para la consecución de los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos y medio ambiente»<sup>21</sup>.

## 3. LA ORDENACIÓN DEL EMPLAZAMIENTO DE LAS INSTALACIONES

Prácticamente todas las ordenanzas restringen por razones paisajísticas la libertad de los operadores de elegir la ubicación de sus instalaciones.

Se ha llegado incluso a prohibir su ubicación en los cascos urbanos. La prohibición puede estar justificada cuando éstos tengan un tamaño relativamente reducido –de manera que resulte técnicamente viable cumplirla– y un cierto valor estético que merezca ser preservado. En cambio, difícilmente resultará proporcionada en el caso de los grandes núcleos de población. Como advierte la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), «en los núcleos urbanos generales de las ciudades (integrados por áreas

<sup>19</sup> Vid. GARCÍA PECHUÁN, «La transferencia del principio de proporcionalidad», *Nuevas Perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José M.º Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 1651-1662. En contra de esta doctrina, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 111 y ss.

<sup>20</sup> Vid., por ejemplo, el art. 4.º de la Ordenanza de Zaragoza de 30 de mayo de 2001 (BOP núm. 140, de 21 de junio).

<sup>21</sup> STS de 18 de junio de 2001 (Ar. 8744).

residenciales e industriales), constituidos por edificaciones de varias plantas, con estilos arquitectónicos que se caracterizan por un prioritario valor funcional, es difícil estimar concurrente un valor paisajístico en el que la ubicación de una estación base de telefonía móvil pudiera atentar contra el entorno, a menos que se trate de construcciones típicas o tradicionales, que no son frecuentes en las áreas descritas»<sup>22</sup>.

Por ello, en las ciudades suelen establecerse otro tipo de limitaciones. Por ejemplo, la Ordenanza de Zaragoza dispone que «no se autorizará la instalación de equipos, antenas o cualesquiera de las instalaciones previstas en este artículo en edificios y conjuntos protegidos, excepto en aquellos casos concretos y excepcionales que sean informados favorablemente por» determinados órganos administrativos<sup>23</sup>. La de Granada dice que «no se autorizarán las instalaciones de antenas que resulten incompatibles con el entorno, al provocar un impacto visual o paisajístico considerado inadmisibile. A estos efectos se valorará especialmente las afecciones al patrimonio histórico-artístico, los espacios naturales protegidos y la intrusión visual generada sobre los paisajes singulares de la ciudad...»<sup>24</sup>. Estas disposiciones se ajustan a Derecho, pues cuentan con la cobertura de la legislación urbanística vigente<sup>25</sup> y, además, son susceptibles de una aplicación equitativa que sopesa las ventajas e inconvenientes de prohibir un concreto emplazamiento y de adoptar medidas alternativas –v. gr., la «mimetización» de la instalación– quizás menos costosas e igualmente efectivas. El problema es que una regulación que utiliza conceptos jurídicos tan indeterminados como «impacto paisajístico inadmisibile» puede propiciar actuaciones municipales arbitrarias. Sobre este punto volveremos más adelante.

Hay ordenanzas que facultan al Municipio para obligar a los operadores a compartir sus infraestructuras. Hasta la CMT, que no se ha significado precisamente por defender las competencias municipales, entiende que «nada puede objetarse a que el Ayuntamiento, actuando sobre la base de las competencias que ostenta en materia de protección del medio ambiente y de ordenación urbanística y dando cumplimiento a los preceptos que le vinculan (de no autorizar obras que no se adapten al ambiente y de respetar las condiciones de competencia en el mercado de las telecomunicaciones),

<sup>22</sup> Contestación de 5 de julio de 2001 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. En sentido similar, *vid.* el Informe de 21 de febrero de 2002 al Ayuntamiento de Coria del Río (Sevilla) sobre la ordenanza municipal reguladora de las instalaciones de telecomunicaciones. Los informes de la CMT pueden verse en <http://www.cmt.es/cmt/decisiones/materia.htm>.

<sup>23</sup> Art. 4.º.3.c) de la Ordenanza de Zaragoza citada (n. 20).

<sup>24</sup> Art. 6.1 de la Ordenanza de Granada de 29 de junio de 2001 (BOP núm. 164, de 19 de julio).

<sup>25</sup> *Vid.* el art. 73.a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y el art. 138.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.

establezca la necesidad de compartición»<sup>26</sup>. En efecto, con el fin de proteger el paisaje cabe restringir a un determinado número las estaciones emplazables en cierto espacio, en el cual un número mayor de operadores necesitan ubicar sus instalaciones para poder prestar la debida cobertura. Si no pudiera imponerse la compartición, el operador o los operadores que primero se hubieran establecido en dicha zona impedirían a los restantes prestar sus servicios.

No obstante, el ejercicio de esta potestad debe cumplir ciertos requisitos. Algunos vienen contemplados expresamente en las ordenanzas: la posibilidad técnica; la observancia de los niveles máximos permitidos de inmisión electromagnética<sup>27</sup>; que el impacto visual o ambiental del compartimento no supere al de las instalaciones que se pretendan instalar separadamente<sup>28</sup>. Otros derivan de las restantes normas y principios del ordenamiento jurídico aplicables al caso concreto, a pesar de que las ordenanzas hayan guardado silencio al respecto. Así, por ejemplo, imponer la compartición en los «núcleos urbanos generales de las ciudades» difícilmente resultará proporcionado por las razones antes apuntadas<sup>29</sup>. Especialmente importantes son los requisitos de procedimiento. Como dice la CMT, dicha imposición «habrá de realizarse tras una previa valoración de los diferentes intereses concurrentes y de las soluciones alternativas con las que se cuenta, así como de las implicaciones que la misma supone para el despliegue de la red del operador. Es por ello que convendría que la adopción de tales medidas no se produjese de una forma aislada, sino en un contexto general de planificación de la instalación de estas infraestructuras. En este contexto, resultará útil [obligado, diríamos nosotros] recabar, del Ministerio de Ciencia y Tecnología y de los operadores, los informes sobre necesidad de infraestructuras...»<sup>30</sup>.

Muchos Ayuntamientos han limitado los emplazamientos de las instalaciones a fin de proteger la salud humana de la contaminación electromagnética. Así, por ejemplo, no se permite su construcción en algunos tipos de suelo (urbano-residencial, urbano, urbanizable, etc.) y/o se establecen «distancias mínimas de seguridad», es decir, los elementos radiantes de las instalaciones deben guardar como mínimo una determinada distancia respecto de ciertas zonas (suelo urbano, suelo residencial, centros escolares, etc.),

<sup>26</sup> Contestación de 5 de julio de 2001 (n. 22).

<sup>27</sup> *Vid.* el art. 4 de la Ordenanza de Zaragoza (n. 20).

<sup>28</sup> Art. 4.B) de la Ordenanza de Santa Pola de 25 de enero de 2002 (BOP de Alicante núm. 84, de 15 de abril). Como advierte la Contestación de la CMT de 5 de julio de 2001 (n. 22), «el número de personas que se sirve del servicio de telefonía móvil disponible al público en las áreas urbanas es más amplio y... por tanto, la concentración de operadores en una estación base puede dar lugar a un aumento de la densidad de potencia que se concentre en las áreas que, próximas a las antenas, se encuentre en la dirección de radiación de las mismas».

<sup>29</sup> Contestación de la CMT de 5 de julio de 2001 (n. 22).

<sup>30</sup> *Ibidem.* Sobre el régimen jurídico de esta compartición, *vid.* MOLINA GIMÉNEZ, *ob. cit.* (n. 11), pp. 239 y ss.

distancia que suele ser muy superior a la que resultaría de aplicar los límites de inmisión electromagnética establecidos en la normativa estatal, de los que luego hablaremos.

La utilidad, necesidad y ponderación —es decir, la proporcionalidad— de estas medidas es muy dudosa. Así, la prohibición de emplazar instalaciones en el caso urbano puede ser inútil o incluso contraproducente, pues «implica aumentar la exposición del público a las emisiones, tanto de las antenas como de los terminales. En efecto, las estaciones habrán de emitir a mayor potencia para dar cobertura, desde su lugar de ubicación, a la zona urbana, con lo que el nivel de exposición de la población que se sitúe próxima a las estaciones aumentará. Asimismo, consecuencia del aumento de la potencia, también será mayor la exposición a las emisiones que resulten de los terminales que lo ciudadanos usen en la zona urbana»<sup>31</sup>.

En segundo lugar, cabe pensar en otras alternativas que aseguren una protección equivalente o incluso superior con un menor coste: algunos expertos señalan que el aumento de la concentración de instalaciones en ámbitos urbanos permite no sólo mejorar la calidad del servicio sino también reducir la potencia de emisión y, con ello, los niveles de exposición de las personas a la contaminación electromagnética.

Por último, resulta muy discutible que las ventajas derivadas del régimen de distancias —aunque supongamos que no existen alternativas preferibles al mismo— superen a sus inconvenientes. El beneficio producido por reducir un riesgo ya muy escaso no puede ser muy cuantioso, o no lo suficientemente como para justificar los costes de una reducción tal —v. gr., derivados del traslado de las instalaciones lícitamente construidas antes de la entrada en vigor del régimen u ocasionados como consecuencia de una pérdida de calidad del servicio—, pues se ha comprobado que las instalaciones cuestionadas, aun sin respetar tales distancias, producen inmisiones electromagnéticas miles de veces inferiores a aquellas cuya no superación garantiza la protección de la salud humana, según opina el sector mayoritario y más acreditado de la comunidad científica.

#### 4. LA ORDENACIÓN DE LOS NIVELES PERMITIDOS DE INMISIÓN ELECTROMAGNÉTICA

##### 4.1 *La regulación estatal*

El artículo 62.1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones dispone que «el Gobierno desarrollará reglamentariamente las condiciones de gestión del dominio público radioeléctrico» y que en el correspondiente Reglamento «se regulará... el procedimiento de determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerables y que no supongan un peligro para la salud pública». Al amparo de este precepto se ha dictado el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público

<sup>31</sup> Informe de la CMT de 21 de febrero de 2002 (n. 22).

radioeléctrico y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas<sup>32</sup> (RCEM). Estas medidas son básicamente dos. En ambos casos se restringe la licitud de las inmisiones electromagnéticas que puedan producir las instalaciones de radiocomunicación, que habrán de ubicarse, construirse y funcionar de manera que las dos restricciones sean respetadas.

La primera consiste en la prohibición categórica de que, en las zonas donde puedan permanecer habitualmente las personas, las inmisiones superen los límites establecidos en el Anexo II del RCEM (art. 6.II). Estos límites transcriben literalmente los establecidos en la Recomendación del Consejo de la Unión Europea 1999/519, de 12 de julio, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos<sup>33</sup>, que, a su vez, asume los niveles propuestos en las Directrices para limitar la exposición a campos eléctricos, magnéticos y electrosmagnéticos de tiempo variable aprobadas por la *International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection* (ICNIRP) en 1998<sup>34</sup>. La ICNIRP es una organización no gubernamental de gran prestigio científico<sup>35</sup> que colabora con la Organización Mundial de la Salud en el desarrollo del todavía no concluido Proyecto Internacional *Electromagnetic Fields* al objeto de evaluar los efectos sanitarios y ambientales de la exposición a estos campos<sup>36</sup>.

Las Directrices exponen con detalle cómo se han determinado los niveles que se recomienda no rebasar. Sólo se han utilizado como base los efectos comprobados que aquellos campos producen sobre la salud. «No se considera comprobado que el cáncer sea uno de los efectos de la exposición a largo plazo a los campos electromagnéticos, por lo que estas Directrices se basan en los efectos para la salud inmediatos y a corto plazo... En el caso de los efectos potenciales a largo plazo, como el incremento del riesgo de cáncer, la ICNIRP estima que los datos disponibles son insuficientes para proporcionar una base al objeto de fijar restricciones a la exposición, a pesar de que la investigación epidemiológica ha suministrado sugestivas pero no convincentes pruebas de una asociación entre posibles efectos carcinógenos y la exposición a niveles de densidades de flujo magnético de 50/60 Hz sustancialmente más bajos que los recomendados en estas Directrices». Sin embargo, éstas no desprecian totalmente los efectos atérmicos de los campos electromagnéticos, pues las restricciones básicas propuestas resultan de dividir por un factor de seguridad los niveles de exposición a partir de los cuales hay que esperar efectos nocivos para la salud. Ese factor es de cincuenta para la exposición del público en general y de diez para la exposi-

<sup>32</sup> Aprobado por el RD 1066/2001, de 28 de septiembre (BOE núm. 234, de 29 de septiembre).

<sup>33</sup> DO L 199, de 30 de julio de 1999.

<sup>34</sup> *Guidelines for limiting exposure to time-varying electric, magnetic and electromagnetic fields (up to 300 GHz)*, publicadas en *Health Physics*, 74 (4), 1998, pp. 494-522 (<http://www.icnirp.de/>).

<sup>35</sup> Sobre esta organización, *vid.* <http://www.icnirp.de/>.

<sup>36</sup> *Vid.* <http://www.who.int/peh-emf/>.

ción por razón del trabajo. Por lo demás, se señala que el cumplimiento de las Directrices no excluye eventuales interferencias o efectos no deseados sobre prótesis metálicas, marcapasos y otros implantes médicos.

Se ha dicho que los límites de exposición recomendados por la ICNIRP –y asumidos por la citada Recomendación, el RCEM y los ordenamientos de casi todos los Estados miembros o candidatos a ingresar en la Unión Europea<sup>37</sup>– todavía hoy reflejan la opinión del sector mayoritario y más acreditado de la comunidad científica en el sentido de que la no superación de los mismos garantiza la protección de la salud<sup>38</sup>. Al reflejar el «estado de la ciencia», constituirían el criterio con arreglo al cual habría de juzgarse la inocuidad o nocividad –y por lo tanto la licitud o ilicitud– de las inmisiones electromagnéticas<sup>39</sup>. Estas afirmaciones deben ser matizadas, en primer lugar, porque el juicio acerca de si tales límites proporcionan un nivel adecuado de protección sanitaria no es puramente científico, sino que depende principalmente de una valoración social –del nivel de riesgo considerado aceptable por una comunidad– que corresponde realizar a los poderes públicos legitimados para ello. En segundo término, porque en esta materia todavía subsiste una gran incertidumbre, de manera que los científicos no están en disposición de asegurar que el respeto de aquellos límites garantiza la protección sanitaria de la población. Por último, convendría distinguir entre los campos de bajas frecuencias (50-60 Hz) generados por las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica, y los de altas frecuencias (100 kHz-300 GHz), dentro de los cuales se incluyen los producidos por las instalaciones de radiocomunicación. En el primer caso, recientes estudios epidemiológicos indican, por ejemplo, que el riesgo de padecer leucemia se dobla en el caso de niños que habitan bajo la influencia de campos de una densidad cientos de veces inferior a la contemplada en las Directrices de la ICNIRP. Dichos estudios presentan inconsistencias y contradicen los resultados de experimentos realizados con animales, pero han «fortalecido la evidencia [“limitada”] de una asociación» entre dichos campos y la leucemia infantil<sup>40</sup>, de manera que podemos afirmar la existencia

<sup>37</sup> *Implementation report on the Council Recommendation limiting the public exposure to electromagnetic fields (0 Hz to 300 GHz)* ([http://europa.eu.int/comm/health/ph/programmes/pollution/impliment\\_rep\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/health/ph/programmes/pollution/impliment_rep_en.pdf)).

<sup>38</sup> *Vid.*, por ejemplo, las conclusiones del Informe de la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, *Posibles efectos de los campos electromagnéticos residenciales sobre la salud humana*, 2002.

<sup>39</sup> DE ÁNGEL YÁGUEZ, «De nuevo sobre la responsabilidad por inmisiones electromagnéticas: el “Estado de la Ciencia” como solución jurídica», *La nueva regulación eléctrica. VII Jornadas jurídicas del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 379 y ss.

<sup>40</sup> Conclusiones del Informe del *Scientific Committee on Toxicity, Ecotoxicity and the Environment* (Dirección General de Salud y Protección de los Consumidores de la Comisión Europea) *Possible effects of Electromagnetic Fields (EMF), Radio Frequency Fields and Microwave on human health*, de 30 de octubre de 2001 (<http://europa.eu.int/comm/food/fs/sc/sct/out128.en.pdf>).

de una «sospecha científicamente fundada»<sup>41</sup>. Por el contrario, las últimas investigaciones relativas a los campos de altas frecuencias, que son los que a nosotros nos interesan, hablan más bien en contra de que los mismos causen efectos atérmicos nocivos para la salud (v. gr., cancerígenos o genotóxicos)<sup>42</sup>.

La segunda medida adoptada por el RCEM consiste en que los titulares de las instalaciones están obligados también a «minimizar los niveles de exposición del público en general a las emisiones radioeléctricas con origen tanto en éstas como, en su caso, en los terminales asociados a las mismas, manteniendo una adecuada calidad del servicio» (art. 8.7.a); «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» (art. 8.7.d). Obviamente, estos preceptos no obligan a reducir a cero las inmisiones, lo cual sería fáticamente posible pero desproporcionado, pues implicaría la prohibición absoluta de la radiocomunicación. En nuestra opinión, aquí se establece una obligación que aparece implícita o explícitamente, con estas u otras palabras, cada vez con más frecuencia en nuestra legislación: la de reducir un riesgo hasta donde ello sea posible utilizando las mejores técnicas disponibles que no supongan costes excesivos<sup>43</sup>.

En suma, el RCEM dispone que, en las zonas donde pueden permanecer habitualmente las personas, las inmisiones electromagnéticas deben ser reducidas hasta donde resulte técnicamente posible y no excesivamente costoso y, en cualquier caso, no deben superar los límites establecidos en el citado Anexo II<sup>44</sup>.

#### 4.2 Las regulaciones autonómicas y municipales

La normativa autonómica sigue el esquema de la estatal. Se obliga a minimizar el impacto ambiental de las instalaciones<sup>45</sup> —que comprende el impacto

<sup>41</sup> Ap. 3.2.1 de la Recomendación de la *Strahlenschutzkommission* alemana *Grenzwerte und Vorsorgemaßnahmen zum Schutz der Bevölkerung vor elektromagnetischen Feldern*, de 13-14 de septiembre de 2001 (<http://www.ssk.de>). Vid. también el *Review of Epidemiologic Literature on EMF and Health* elaborado por el *Standing Committee on Epidemiology* de la ICNIRP (*Environmental Health Perspectives*, 109-6, diciembre de 2001; puede verse en <http://www.icnirp.de/documents/epireview1.pdf>).

<sup>42</sup> Vid. los documentos citados en las dos notas anteriores.

<sup>43</sup> Vid. ESTEVE PARDO, «La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible», *RAP*, 149, 1999, pp. 48 y ss.

<sup>44</sup> La normativa referida a las radiaciones ionizantes establece también dos obligaciones equivalentes (vid. AYLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, *Derecho nuclear*, Comares, Granada, 1999, pp. 576 y ss.).

<sup>45</sup> Vid. el art. 7 de la Ley de Castilla-La Mancha 8/2001; los arts. 6, 10.2, 12.2 y 14 de la Ley navarra 10/2002; el art. 6.2.a) y el punto 1.a) del Anexo III del Decreto catalán 148/2001; las normas cautelares baleares 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>; y el art. 6.2.b) del Decreto riojano 40/2002. En cambio, los arts. 5.3 y 5.5 del Decreto castellano-leonés 267/2001 sólo se refieren expresamente a la obligación de minimizar el impacto paisajístico.

electromagnético— y se prohíbe categóricamente superar ciertos límites de inmisión, que difieren notablemente según la Comunidad. Cataluña y Navarra asumen los recomendados por la ICNIRP multiplicados por un factor de seguridad que varía en función de la frecuencia de que se trate, si bien en líneas generales es de aproximadamente la mitad<sup>46</sup>. En Castilla y León, los límites también coinciden con los propuestos por la ICNIRP, aunque se reducen a la cuarta parte «en aquellos espacios sensibles que, a título orientativo, se refieren a centros sanitarios, escolares y centros asistenciales de personas mayores»<sup>47</sup>. Semejante solución siguen en La Rioja, si bien aquí la reducción en los espacios sensibles es a la décima parte<sup>48</sup>. La Ley castellano-manchega fija con carácter general los valores de la normativa catalana<sup>49</sup>, pero «en virtud del principio de precaución» considera «pertinente establecer, hasta que existan estudios científicos concluyentes sobre las consecuencias para la salud pública, un mayor margen de protección» en ciertos supuestos: en el suelo urbano, el límite ( $10 \text{ } \mu\text{W}/\text{cm}^2$  de densidad de potencia) es entre cuarenta y cinco y cien veces inferior al establecido por el RCEM; en el interior de los centros educativos, sanitarios y residencias de mayores, «donde residen o concentran personas más vulnerables o sensibles a los campos electromagnéticos», el límite ( $0,1 \text{ } \mu\text{W}/\text{cm}^2$ ) es entre cuatro mil quinientas y diez mil veces inferior<sup>50</sup>. La Ley dice en su Preámbulo haber tomado como referencia para establecer esos niveles la llamada Recomendación de Salzburgo<sup>51</sup>, lo cual no es del todo exacto, pues ésta aconsejaba, de un lado, que el «conjunto de todas las inmisiones electromagnéticas de alta frecuencia» no superara los  $10 \text{ } \mu\text{W}/\text{cm}^2$  y, de otro, que la «suma de las inmisiones de alta frecuencia, moduladas con bajas frecuencias pulsantes, provenientes de instalaciones de telefonía móvil tales como las estaciones base GSM» no alcanzara los  $0,1 \text{ } \mu\text{W}/\text{cm}^2$ .

Algunas ordenanzas también han endurecido espectacularmente los límites máximos de inmisión electromagnética. Por ejemplo, la de Granada establece que no podrán superarse los  $0,1 \text{ } \mu\text{W}/\text{cm}^2$  de densidad de potencia «en toda zona o espacio ocupado por el público en general»<sup>52</sup>.

Se ha sostenido que los límites máximos contenidos en disposiciones auto-

<sup>46</sup> Vid. la Exposición de Motivos de la Ley Foral 10/2002.

<sup>47</sup> Art. 5.2 del Decreto 267/2001 de Castilla y León.

<sup>48</sup> Art. 7.3 del Decreto 40/2002.

<sup>49</sup> Los niveles establecidos para las frecuencias de 10 MHz a 300 GHz —entre las cuales se hallan las utilizadas en telefonía móvil— coinciden exactamente con los del Decreto catalán 148/2001.

<sup>50</sup> Anexo 3 de la Ley de Castilla-La Mancha 8/2001. El RCEM establece unos límites de:  $4,5 \text{ W}/\text{m}^2$ , para una frecuencia de emisión de 900 MHz (utilizada por la tecnología GSM);  $9 \text{ W}/\text{m}^2$ , para una de 1800 MHz (DCS); y  $10 \text{ W}/\text{m}^2$ , para una de 2000 MHz (UMTS).

<sup>51</sup> Recomendación de la Conferencia Internacional celebrada en Salzburgo (Austria) los días 7 y 8 de junio de 2000 ([http://www.land-sbg.gv.at/celltower/english/salzburg-resolution\\_e.pdf](http://www.land-sbg.gv.at/celltower/english/salzburg-resolution_e.pdf)).

<sup>52</sup> Artículo 4 de la Ordenanza citada (n. 24).

nómicas o municipales que se aparten, en más o en menos, de los establecidos en el RCEM son inconstitucionales por vulnerar esta norma de carácter básico y el derecho de igualdad en la protección de la salud<sup>53</sup>. No estamos de acuerdo. La función de la normativa básica en sanidad y medio ambiente, en relación con el principio constitucional de igualdad en las condiciones de vida, consiste en establecer una regulación que garantice a todos los ciudadanos un *mínimo* común de protección y disfrute de esos bienes<sup>54</sup>. Pero ello no impide, sino que más bien presupone, que las Comunidades Autónomas y las Entidades locales puedan proporcionar un nivel superior de protección en el ejercicio de sus respectivas competencias<sup>55</sup>. Tan es así que la Constitución contempla expresamente la posibilidad de que aquéllas adopten medidas adicionales de protección del medio ambiente (art. 149.1.23.<sup>a</sup>), lo que, en principio, incluiría el poder establecer límites máximos de contaminación electromagnética inferiores a los contenidos en el RCEM. Y el artículo 28 de la LBRL indica esa misma posibilidad respecto de los Municipios cuando dispone que éstos «pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente». Otra cosa es si las correspondientes disposiciones autonómicas o municipales «perturban» la competencia estatal en el ámbito de las telecomunicaciones a causa de su desproporción.

Supuesto que los autores de esas disposiciones actúan racionalmente y las han dictado por considerarlas útiles, habrá que entender que éstas parten implícitamente de la premisa de que la normativa estatal no basta para garantizar una adecuada protección de la salud. Presuponen, pues, que el cumplimiento de la obligación establecida en el RCEM de minimizar las inmisiones electromagnéticas utilizando la mejor tecnología disponible que no implique costes excesivos es insuficiente para lograr ese objetivo. Consideran que para ello es necesario y obligado respetar, *cueste lo que cueste*, límites de inmisión miles de veces inferiores a los recomendados con esa misma finalidad por el sector mayoritario y más prestigioso de la comunidad científica. A nosotros nos parece muy dudosa la proporcionalidad de esta medida para el caso de su cumplimiento genere costes significativos derivados, por ejemplo, del traslado de las instalaciones ya autorizadas al tiempo de publicarse la correspondiente ordenanza o de la pérdida de calidad del servicio de radiocomunicación. Está comprobado que las infraestructuras cuestionadas producen inmisiones muy inferiores a aquellas que, según las más acreditadas opiniones científicas, pueden perjudicar la salud, de modo que los beneficios de reducir un riesgo que según el «estado de la ciencia» ya se aproxima a lo insignificante difícilmente superarán a sus costes.

<sup>53</sup> RAMÍREZ CASCALES, «El papel de los Municipios para la autorización de antenas de telefonía móvil», *Actualidad Administrativa*, 16, 2002.

<sup>54</sup> *Vid.*, por ejemplo, la STC 170/1989, de 19 de octubre (FJ 1º).

<sup>55</sup> En el mismo sentido, MOLINA GIMÉNEZ, *ob cit.* (n. 11), pp. 212 y 217 y ss.

Se ha aducido el principio de precaución para justificar este endurecimiento tan acusado de los límites máximos de inmisión<sup>56</sup>. Como dice la Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución, éste legitima la adopción de medidas protectoras del ambiente y la salud en supuestos de riesgo potencial para dichos bienes, «aunque dicho riesgo no pueda demostrarse por completo, no pueda cuantificarse su amplitud o no puedan determinarse sus efectos debido a la insuficiencia o al carácter no concluyente de los datos científicos»<sup>57</sup>. Dada la relativa incertidumbre científica existente acerca de los efectos atérmicos nocivos que la contaminación electromagnética puede causar, éste es un campo abonado para la aplicación del principio, como lo prueba la jurisprudencia producida en otros países al respecto<sup>58</sup>.

Sin embargo, y como la citada Comunicación señala, las medidas basadas en dicho principio no pueden ser «desproporcionadas con relación al nivel de protección buscado ni pretender alcanzar un nivel de riesgo cero, que raramente existe» (ap. 6.3.1). Y ya hemos visto que existen serias dudas sobre la proporcionalidad de aquellas regulaciones.

Ciertamente, los poderes públicos disponen de un amplio margen de discrecionalidad —o de apreciación, si se prefiere decir así— para tomar medidas precautorias<sup>59</sup>. Como ha dicho el Tribunal Constitucional Federal alemán en un par de Autos<sup>60</sup> que declaran la validez de los límites máximos de inmisión electromagnética establecidos reglamentariamente en Alemania<sup>61</sup> —coincidentes con los del Anexo II del RCEM español—, el Ejecutivo goza de un margen tal para precisar cómo cumplir su obligación de proteger la vida y la integridad corporal frente a los riesgos derivados de la contaminación electromagnética que amenazan estos derechos fundamentales.

¿Cabría reconocer igualmente un margen de discrecionalidad a Comunidades Autónomas y Municipios a la hora de decidir cuál es el nivel de precaución proporcionado que debe alcanzarse en sus territorios para combatir

<sup>56</sup> Vid. la Exposición de Motivos de la Ordenanza de Granada citada (n. 24).

<sup>57</sup> Apartado 5.1 de la COM (2000) 1, de 1 de febrero de 2000.

<sup>58</sup> En el Reino Unido, vid. HUGHES, «The Status of the "Precautionary Principle" in Law», *Journal of Environmental Law*, 7-2, 1995, pp. 224-244. En Bélgica, vid. los Arrêts del Conseil d'Etat 90.730, de 9 de noviembre de 2000 (*la Ville de Namur c. la Région wallonne*), y 96.095, de 1 de junio de 2001 (*Beck c. la Région wallonne*), que anulan sendas licencias urbanísticas otorgadas para construir una estación de telefonía móvil.

<sup>59</sup> Vid., por todos, DE SADELEER, «Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución», *Rev. de Derecho Ambiental*, 25, 2000, pp. 31 y ss.; y la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2002 (*Pfizer Animal Health*, T-13/1999, §§166 y ss., 323 y 412).

<sup>60</sup> Autos de 17 de febrero de 1997 (NJW, 1997, pp. 2509-2510; comentado por DETERMANN, «BVerfG zur staatlichen Pflicht zum Schutz der Gesundheit vor elektromagnetischen Feldern», NJW, 1997, pp. 2501-2503; KREMSER, JZ, 1997, pp. 898-900; MURSWIEK, JuS, 1998, pp. 184-185) y 28 de febrero de 2002 (DVB1, 2002, pp. 614-616).

<sup>61</sup> Vid. el *Sechszwanzigste Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über elektromagnetische Felder - 26. BImSchV)*, de 16 de diciembre de 1996.

dicha contaminación? Para responder a este interrogante hay que resolver previamente otros dos: ¿Qué es lo que justifica que un poder público disponga de un margen tal? ¿Concurren, y en qué medida, las causas justificantes en el presente caso?

La justificación reside en que el sujeto facultado para actuar discrecionalmente está mejor situado que otros para tomar la decisión más justa posible en un determinado asunto.

Así, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos reconoce a los Estados un amplio margen de apreciación para adoptar las debidas medidas protectoras de estos derechos debido a que las autoridades nacionales, «gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de su país, se encuentran en principio mejor situadas que el Juez internacional para pronunciarse sobre la situación y las necesidades locales»<sup>62</sup>.

El citado Tribunal alemán considera admisible el margen del Ejecutivo para tomar las debidas precauciones frente a los riesgos del aprovechamiento pacífico de la energía atómica porque su *composición y sus procedimientos de actuación* le pertrechan mejor que a los Tribunales para adoptar decisiones riesgosas en esta materia de gran complejidad técnica<sup>63</sup>. Y respecto de la contaminación electromagnética dice que «en situaciones complejas de peligro, sobre las cuales no existen todavía conocimientos científicos fiables, corresponde a la Administración... un razonable margen de apreciación y adaptación. En un contexto tal de incertidumbre, el deber estatal de protección no exige de los Tribunales contribuir a la depuración de conocimientos científicos inseguros con ayuda del Derecho procesal [de una prueba pericial], ni tampoco someter a control las medidas administrativas precautorias y juzgar la adecuación protectora de los valores límite según el estado actual de la investigación científica. Más bien, es asunto de la Administración observar y valorar con medios adecuados el progreso de la Ciencia en todos los sentidos para poder adoptar en su caso medidas protectoras de mayor alcance... Una distribución tal de la responsabilidad de juzgar situaciones de peligro complejas y científicamente discutidas entre el Ejecutivo y los Tribunales tiene en cuenta también las *distintas posibilidades cognoscitivas de los poderes públicos por razón de su función y manera de proceder*. Ello se evidencia con claridad en el ámbito de investigación aquí tratado... Salta a la vista que la prueba judicial practicada con ocasión de un concreto caso no puede proporcionar la debida valoración global del complejo estado de los conocimientos científicos»<sup>64</sup>.

La observancia del procedimiento debido constituye, pues, un presupuesto que legitima y justifica el ejercicio de la discrecionalidad. Los Tribunales

<sup>62</sup> Vid., entre otras muchas, las SSTEDH de 25 de septiembre de 1996 (*Buckley c. Reino Unido*, 20348/1992, §75) y 18 de enero de 2001 (*Coster c. Reino Unido*, 24876/1994, §105).

<sup>63</sup> Auto de 8 de agosto de 1978 (BVerfGE 49, 89, 137), relativo a la autorización de una central nuclear en Kalkar.

<sup>64</sup> Auto de 28 febrero de 2002 citado (n. 60); la cursiva es nuestra.

sólo pueden dar por lícitas aquellas medidas precautorias elaboradas a través del procedimiento exigible. Como nota la mentada Comunicación de la Comisión Europea, «el principio de precaución no puede... legitimar en ningún caso una toma de decisión de naturaleza arbitraria», por lo que la adopción de medidas precautorias exige como condiciones previas y necesarias: en primer lugar, la realización de una cuidadosa evaluación científica sobre los riesgos en cuestión; evaluación que «requiere datos científicos fiables y razonamiento lógico, para llegar a una conclusión que exprese la posibilidad del acontecimiento y la gravedad del impacto de un peligro sobre el medio ambiente o sobre la salud de una población dada, incluida la magnitud del posible daño, su persistencia, reversibilidad y efectos posteriores» (ap. 5.1); y en segundo lugar, un análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la actuación precautoria y de la inacción (ap. 6.3.4). Por su parte, el Tribunal Europeo de Estrasburgo ha reconocido a los Estados un amplio margen de apreciación para adoptar medidas proporcionadas contra la contaminación acústica, pero también ha declarado que la actuación de que se trate «debe ir precedida de una investigación y un estudio adecuados y completos con el objetivo de encontrar la mejor solución posible que alcance efectivamente el justo equilibrio» entre los diversos intereses implicados. Tan es así que el Tribunal ha considerado vulnerado cierto derecho afectado negativamente por una regulación en cuya elaboración se habían omitido: un intento serio de evaluar ciertas consecuencias negativas que la regulación podía tener sobre el derecho; un previo estudio específico y completo encaminado a encontrar la solución menos onerosa para ese derecho; y un intento de cuantificar los beneficios que la medida adoptada podía reportar. Ante el incumplimiento de estos requisitos de procedimiento, «no es posible admitir que en la ponderación [de todos los intereses en juego] el Gobierno haya alcanzado un justo equilibrio»<sup>65</sup>.

Así las cosas, hay que preguntarse si los límites máximos de inmisión electromagnética autonómicos y municipales son preferibles a los estatales en atención a que, en este ámbito, las posibilidades cognoscitivas de Comunidades Autónomas y Municipios superan a las del Estado y a que el procedimiento a través del cual se han elaborado aquellos límites garantiza su acierto y proporcionalidad mejor que el seguido para dictar el RCEM.

Cabe aceptar que las Comunidades Autónomas y muchos Municipios disponen de mejores posibilidades cognoscitivas que el Estado a fin de tomar medidas proporcionadas en materia de sanidad ambiental. No es que posean mejores conocimientos científicos y técnicos, sino que «gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de su [territorio], se encuentran en principio mejor situadas que [las autoridades estatales] para pronunciarse sobre la situación y las necesidades locales». Así, por ejemplo,

<sup>65</sup> STEDH de 2 de octubre de 2001 (*Hatton y otros c. Reino Unido*, 36022/1997), sobre la cual puede verse nuestro trabajo «La obligación del Estado de proteger los derechos humanos afectados por el ruido de los aeropuertos», *Rev. de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 192, 2002, pp. 241-266.

los Ayuntamientos tienen un amplio margen para limitar las inmisiones y emisiones acústicas porque pueden conocer mejor que otros poderes públicos las necesidades locales en este ámbito, que pueden variar mucho incluso dentro de un mismo término municipal: ruidos tolerables en una zona de uso industrial pueden no serlo en un barrio residencial o de gran interés turístico. Ciertamente, las necesidades de protección contra la contaminación electromagnética no difieren tanto por razón del territorio como en el caso del ruido. Que sepamos nosotros, nada indica que los habitantes de ciertas regiones de la Península Ibérica posean una sensibilidad biológica a los campos electromagnéticos miles de veces superior a la del resto. Lo que sucede es que las necesidades pueden variar de una región a otra porque la valoración social del riesgo electromagnético difiere; tal vez una comunidad esté dispuesta a correr un riesgo que otra considere inaceptable.

El siguiente paso es determinar si Comunidades Autónomas y Municipios han actuado esas «mejores posibilidades cognitivas» a través del procedimiento debido. Para ser considerados proporcionados y no arbitrarios, los límites máximos de inmisión establecidos en las disposiciones autonómicas y municipales deberían ser el resultado de una seria y cuidadosa evaluación científica del riesgo electromagnético y de un intento riguroso de cuantificar los beneficios y costes de esta regulación. Antes de imponer la obligación de respetar, *cueste lo que cueste*, niveles de inmisión miles de veces inferiores a los establecidos por el RCEM, aquellas Administraciones deben justificar debidamente la utilidad, necesidad y proporcionalidad de esta medida. De un lado, deben acreditar mediante «datos científicos fiables» que la normativa estatal protege insuficientemente la salud. Por descontado, no hace falta probarlo con absoluta certeza, pero sí al menos contar con el apoyo de opiniones merecedoras de tanto crédito científico como la mayoritaria –reflejada en el Anexo II del RCEM– y expresar razones sólidas por las cuales ha de preferirse la opinión minoritaria. De otro lado, deben tratar de cuantificar los costes y beneficios derivados del establecimiento de unos niveles tan estrictos, para demostrar que las ventajas de esta regulación superan a sus desventajas.

Así, en nuestra opinión, aducir simplemente la llamada Recomendación de Salzburgo con el objeto de imponer el respeto *a toda costa* de los niveles de inmisión por ella recomendados no basta para satisfacer las mencionadas exigencias de procedimiento. Esta Recomendación no merece tanto crédito científico como las directrices de la ICNIRP. Como ha advertido cierto Tribunal alemán, en esa Resolución se hacen afirmaciones y recomendaciones que reproducen sólo la opinión personal de unos pocos expertos y que no expresan cuáles son los fundamentos científicos sobre los que las mismas descansan ni de qué manera hay que deducir de ellos conclusiones sobre efectos causales<sup>66</sup>. La Recomendación no razona cómo se han determinado

<sup>66</sup> Sentencia del *Oberlandesgericht Frankfurt* de 28 de noviembre de 2000 (CR, 2001, p. 837), contra la cual se interpuso un recurso de amparo inadmitido por el citado (n. 60) Auto del *Bundesverfassungsgericht* de 28 febrero de 2002.

los niveles recomendados, ni tampoco expresa por qué se han propuesto éstos y no otros. Se trata, pues, de una recomendación carente de motivación, arbitraria. Por otro lado, no sólo hay que evaluar científicamente el riesgo electromagnético, sino también investigar, determinar y ponderar los costes y beneficios de aquella regulación con el fin de justificar su proporcionalidad.

5. LA OBLIGACIÓN DE UTILIZAR LA MEJOR TÉCNICA DISPONIBLE EN CADA MOMENTO PARA MINIMIZAR EL IMPACTO AMBIENTAL DE LAS INSTALACIONES

Algunos Municipios obligan a los titulares de las instalaciones a ubicarlas, construirlas y explotarlas de manera que se minimicen los efectos negativos para el paisaje y los riesgos para la salud humana derivados de ellas. A veces se añade que ha de utilizarse al efecto la «mejor tecnología disponible»<sup>67</sup>.

Siempre que se entienda que la minimización exigible llega hasta donde sea técnicamente viable y no implique costes excesivos, esta regulación nos parece perfectamente proporcionada<sup>68</sup>, principalmente porque dicha obligación de minimizar está implícita ya en la idea de proporcionalidad. En efecto, para considerarse proporcionado, el menoscabo que al derecho a un medio ambiente adecuado cause un cierto nivel de contaminación paisajística y electromagnética debe ser *útil* para lograr una finalidad legítima –v. gr., la prestación del servicio de radiocomunicación– y *necesario*, de manera que de entre todas las alternativas igualmente adecuadas para satisfacer esa finalidad ha de escogerse la que menos contamine. Ello implica que la contaminación debe reducirse siempre que la reducción no suponga costes para interés legítimo alguno; de lo contrario, el Estado estaría permitiendo una restricción inútil e innecesaria de aquel derecho. Imaginemos ahora que rebajar el nivel de polución entraña inconvenientes. En este caso, el principio de proporcionalidad sigue exigiendo, no obstante, la rebaja en la medida en que las ventajas de la misma superan a sus desventajas; resultaría desmesurada la restricción del derecho a un medio ambiente adecuado producida por el mantenimiento de un nivel de polución que puede reducirse con un beneficio neto.

La obligación de minimizar suele configurarse en las ordenanzas con un carácter dinámico: debe utilizarse la mejor tecnología disponible *en cada momento* para reducir hasta donde sea posible el impacto visual y ambiental negativo de las infraestructuras. Así, un cambio del estado de los conocimientos científicos o de las mejores técnicas disponibles pueden justificar una modificación de aquéllas a fin de que disminuya su impacto. Esta regu-

<sup>67</sup> Véase, por ejemplo, el art. 6 de la Ordenanza de Alcoy de 22 de febrero de 2002 (BOP de Alicante núm. 138, de 18 de junio).

<sup>68</sup> *Vid.* la STSJ de Canarias de 14 de julio de 2000 (Ar. 2767), que resuelve un recurso interpuesto contra la Ordenanza sobre la instalación de antenas en Las Palmas de Gran Canaria.

lación resulta perfectamente ajustada a Derecho siempre que sea aplicada con arreglo al principio de proporcionalidad. Por ejemplo, no resulta admisible imponer una modificación de las instalaciones –v. gr., cambio de ubicación– cuando los costes de esta medida excedan de los beneficios que la misma reportaría<sup>69</sup>.

Para implementar esa protección dinámica de la salud y el paisaje cabe utilizar varias técnicas. Por lo general, las ordenanzas disponen que las licencias municipales relativas a las infraestructuras de radiocomunicación podrán ser revisadas y modificadas cada cierto tiempo, normalmente, dos o tres años<sup>70</sup>. En cambio, alguna ordenanza somete las licencias a un término resolutorio. Por ejemplo, la de Las Palmas de Gran Canaria establecía que las relativas a «la instalación de antenas de telefonía móvil tendrán carácter temporal, con una duración limitada de dos años. Para posibilitar su permanencia, deberán ser renovadas al acabar el plazo de instalación, momento en el cual habrán de modificarse, si procede», a fin de minimizar su impacto visual<sup>71</sup>. Ello suponía que el titular de la «antena» debía pagar inexorablemente cada dos años la correspondiente tasa por la obtención de una nueva licencia, por más que ésta tuviese exactamente el mismo contenido que la anterior.

Esta última regulación nos parece ilícita. En primer lugar, porque carece de la cobertura legal necesaria para restringir de esa manera los derechos de los ciudadanos. Es más, vulnera manifiestamente lo establecido en el artículo 15.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales: «Las licencias relativas a las condiciones de una obra o instalación tendrán vigencia mientras subsistan aquéllas». La STSJ de Canarias de 14 de julio de 2000 (Ar. 2767) afirma, por el contrario, la validez de la medida aduciendo, de un lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que admite el sometimiento de las licencias urbanísticas a un plazo de caducidad y, de otro, un precepto de la legislación canaria que dispone que «el acto por el que se concede la licencia deberá consignar expresamente... la fecha de caducidad» de ésta<sup>72</sup>. El argumento no es pertinente, pues este «plazo de caducidad» nada tiene que ver con nuestro problema. Dicho plazo consiste en una

<sup>69</sup> El mismo criterio se desprende del art. 26.1.b) de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación: «la autorización ambiental integrada podrá ser modificada de oficio cuando... resulte posible reducir significativamente las emisiones *sin imponer costes excesivos* a consecuencia de *importantes* cambios en las mejoras técnicas disponibles».

<sup>70</sup> Por ejemplo, el art. 4.4 de la Ordenanza de Zaragoza (n. 20) dispone que las licencias serán «revisables en el plazo de tres años desde su otorgamiento o última revisión. Los criterios para esta revisión se fundamentarán en la eventual existencia en el mercado de mejores tecnologías que haga posible la reducción del impacto visual y la preservación de la salud de las personas. Como resultado de dicha revisión podrá exigirse el cambio de ubicación o la clausura de las instalaciones».

<sup>71</sup> Art. 7.5 de la Ordenanza sobre instalación de antenas de 26 de septiembre de 1997.

<sup>72</sup> *Vid.* el art. 11.d) de la Ley canaria 7/1990, de 14 de mayo, de Disciplina Urbanística y Territorial.

condición potestativa resolutoria: si el beneficiario de la licencia no inicia o concluye las obras autorizadas dentro de un determinado período de tiempo, se extinguen los efectos de la misma. La regulación aquí cuestionada consiste en algo completamente distinto: se somete la licitud de lo ya autorizado y construido a un término resolutorio. En segundo lugar, se trata de una regulación desproporcionada por innecesaria. El resultado que se pretende lograr con ella puede alcanzarse igualmente a través de un medio menos oneroso para los ciudadanos: estableciendo la posibilidad de revisar periódicamente las licencias y modificarlas cuando concurren las circunstancias exigidas<sup>73</sup>. Quizás por estas razones la Ordenanza actualmente vigente en aquel Municipio grancanario ya no somete a término final las licencias de instalaciones de radiocomunicación<sup>74</sup>.

## 6. LOS CONTROLES PREVIOS A LA CONSTRUCCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTALACIONES

Las ordenanzas suelen establecer que la construcción y el funcionamiento de las instalaciones de radiocomunicación vayan precedidos de algún tipo de control municipal encaminado a verificar su legalidad.

En primer lugar, se obliga a los titulares de las infraestructuras a presentar un plan de implantación —o «programa de desarrollo»— de su red en el término municipal, que ha de contener, entre otros puntos, la justificación de las soluciones propuestas para proporcionar la debida cobertura y minimizar el impacto estético y ambiental. Algunas ordenanzas exigen, además, que el Ayuntamiento apruebe el plan. La presentación o, en su caso, la aprobación del plan de implantación constituyen un requisito *sine quae non* para otorgar las licencias de obras y de actividad correspondientes a cada concreta instalación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2001 (Ar. 8744) ha considerado esta regulación ajustada a Derecho: resulta proporcionada la exigencia de que, antes de otorgar la licencia de obras para cada instalación, el Municipio apruebe un plan de implantación de la red de instalaciones en el término municipal, exigencia que trata de garantizar una buena cobertura territorial, la adecuada ubicación de las antenas y la protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano [y la salud, podría añadirse], materias todas ellas estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales<sup>75</sup>. El que no quepa autorizar las con-

<sup>73</sup> VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 256, considera desproporcionado someter un acto a término final «con el único objeto de controlar periódicamente el cumplimiento de las cláusulas del acto o para garantizar la modificabilidad del acto ante un cambio de circunstancias... Lo correcto [en estos casos] es el otorgamiento del acto sometido a reserva de revocación o a condición resolutoria potestativa».

<sup>74</sup> Aunque una lectura superficial del art. 6 de esta Ordenanza (BOP núm. 81, de 8 de julio de 2002) pueda dar otra impresión.

<sup>75</sup> En sentido similar, *vid.* la STSJ de Canarias de 14 de julio de 2000 (Ar. 2767).

cretas instalaciones sin la previa aprobación del plan «constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia».

En segundo lugar, las ordenanzas suelen «recordar» la obligación de solicitar y obtener licencia municipal de obras. Según la jurisprudencia unánime de los Tribunales Superiores de Justicia, la circunstancia de que los operadores presten un servicio público esencial y hayan sido autorizados por el Estado para ello no impide que las instalaciones de radiocomunicación requieran dicha licencia<sup>76</sup>. Esta doctrina ha sido confirmada por el Tribunal Supremo: «las instalaciones de telecomunicaciones tienen una estrecha relación con la ordenación urbanística... y afectan a intereses municipales de distinto orden, para cuya protección la sujeción a licencia constituye una medida proporcionada»<sup>77</sup>.

Por último, muchas ordenanzas declaran que las instalaciones de radiocomunicación requieren licencia municipal de actividades calificadas o autorización equivalente tendente a comprobar que reúnen los requisitos de salubridad y seguridad exigidos por el ordenamiento jurídico. Esta regulación es perfectamente ajustada a Derecho. Recordemos que la Ley General de Sanidad incluye expresamente entre las «responsabilidades mínimas» de los Ayuntamientos el control sanitario del medio ambiente, de la contaminación atmosférica, de industrias, actividades y servicios, transportes ruidos y vibraciones y de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana (art. 42.3). Además, aunque no se estableciese nada en la correspondiente ordenanza, dicha exigibilidad derivaría de la aplicación directa de lo dispuesto en el RAMINP o en la legislación autonómica equivalente, aplicables objetivamente a las instalaciones de radiocomunicación.

La CMT, por el contrario, opina que aquí no se requiere dicha licencia. Esta opinión parte de la premisa de que compete al Ministerio de Ciencia y Tecnología «conocer de la adecuación de las instalaciones radioeléctricas a las medidas de protección de la salud humana frente a emisiones de tipo radioeléctrico», pues el RCEM establece que la autorización del uso del dominio público radioeléctrico que corresponde otorgar al Ministerio queda subordinada al respeto de los límites establecidos en su Anexo II (art. 8). Así las cosas, y dado que «no puede haber dos procedimientos para estudiar la adecuación de la instalación a los criterios de protección de la salud», la CMT concluye que los Ayuntamientos no son competentes para controlar, mediante una autorización, que las estaciones de radiocomunicación cumplen los requisitos de protección sanitaria establecidos<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> *Vid.*, por ejemplo, la STSJ de Asturias de 25 de noviembre de 1999 (El Derecho 43501), la SSTSJ de Canarias de 17 de junio de 1999 (Ar. 2454) y 22 de noviembre de 2000 (El Derecho 91208), la STSJ de Cantabria de 17 de julio de 1998 (El Derecho 26248), la STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de noviembre de 1999 (Ar. 4909), la STSJ de Castilla y León de 11 de octubre de 2001 (Ar. 1360), el ATSJ de Castilla y León de 2 de enero de 2002 (Ar. 274) y el ATSJ de Murcia de 29 de abril de 2002 (El Derecho 26557).

<sup>77</sup> STS de 18 de junio de 2001 (Ar. 8744).

<sup>78</sup> Informe de 21 de febrero de 2002 (n. 22).

Esta tesis nos parece inaceptable. Indiscutiblemente, compete al Ministerio autorizar el uso del dominio público radioeléctrico. Y se deduce implícita pero inequívocamente de lo dispuesto el Reglamento relativo a dicho uso<sup>79</sup> que, para otorgar la autorización, ha de verificar que la ubicación, características y funcionamiento de las infraestructuras proyectadas cumplen todos los requisitos establecidos en la normativa estatal a fin de asegurar el correcto funcionamiento de las telecomunicaciones. Pero el RCEM no puede atribuir válidamente a la Administración del Estado una competencia en materia sanitaria y ambiental que legalmente no le corresponde.

La Constitución reserva al Estado en materia de sanidad (interior) únicamente la potestad de establecer las bases (art. 149.1.16.<sup>a</sup>). Y la Ley General de Sanidad, por la que establecen las mismas, ha enumerado con carácter taxativo las competencias de la Administración estatal en la materia (art. 41.2). Pues bien, en esa enumeración se contempla la competencia para autorizar, al objeto de verificar el cumplimiento de la normativa sanitaria, sólo algunas actividades e instalaciones, entre las cuales no se incluyen las de radiocomunicación (art. 40). En relación con éstas, a la Administración del Estado sólo le compete «la determinación, con carácter general, de los métodos de análisis y medición y de los requisitos técnicos y condiciones mínimas en materia de control sanitario del medio ambiente» (art. 40.1). Por su parte, la Ley General de Telecomunicaciones tampoco faculta a la Administración estatal para autorizar sanitariamente dichas instalaciones, sino sólo para regular «el procedimiento de determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerables y que no supongan peligro para la salud pública» (art. 62.1).

En suma, los Ayuntamientos tienen atribuida legalmente la competencia para controlar a través de la licencia de actividades calificadas la adecuación de las instalaciones de radiocomunicación a la normativa ambiental y sanitaria, especialmente, el respeto de los límites de inmisión electromagnética. Una simple disposición reglamentaria como el RCEM no puede privarles de esa competencia para entregársela a la Administración del Estado.

## 7. EL RÉGIMEN JURÍDICO TRANSITORIO DE LAS INSTALACIONES

El principal problema aquí planteado es si las ordenanzas pueden disponer su aplicación a las infraestructuras instaladas, con licencia o sin ella, antes de su entrada en vigor.

La STS de 18 de junio de 2001 (Ar. 8744) afirma la validez de una Ordenanza barcelonesa que obligaba a los titulares de antenas lícitamente instaladas antes de su entrada en vigor a cumplir lo dispuesto en la misma dentro de unos plazos: un año, para solicitar licencia municipal (en el caso de instalaciones que no la requirieran bajo el antiguo régimen); un año, contado desde la notificación del acto que se pronuncie sobre la solicitud, para tras-

<sup>79</sup> Aprobado por la Orden Ministerial de 9 de marzo de 2000 (BOE núm. 64, de 15 de marzo).

ladar o modificar la antena a fin de ajustarla a lo dispuesto en la Ordenanza; y dos años, para integrar en una sola las antenas exteriores situadas en un mismo edificio que cumplieran idéntica función. El Tribunal Supremo aduce que la retroactividad de estas disposiciones es «de grado mínimo», por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no queda afectada por la prohibición establecida en el artículo 9.3 CE. Se trata de un razonamiento poco convincente, entre otras cosas porque no se ajusta a la doctrina del Tribunal Constitucional, que tiene dicho que la retroactividad de una norma, a pesar de no encajar en la citada prohibición del artículo 9.3 CE, puede ser inconstitucional cuando «entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución», como los de «seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad». Así, «determinar cuándo una norma... de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma y, de otro, las circunstancias que concurren en cada supuesto». Cuando la retroactividad es de «grado máximo» o «auténtica», «la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio». Cuando es de «grado medio» o «impropia», «la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento»<sup>80</sup>.

El razonamiento utilizado por la STSJ de Canarias de 14 de julio de 2000 (Ar. 2767) para declarar la licitud de una regulación similar nos parece más acertado. El Tribunal canario aduce lo dicho en cierta ocasión por el Supremo: «los principios de buena fe, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad... obligan a otorgar protección a quienes legítimamente han podido confiar en la estabilidad de ciertas situaciones jurídicas regularmente constituidas en base a las cuales pueden haberse adoptado decisiones que afecten no sólo al presente sino también al futuro condicionando éste... De aquí que lo que rotundamente no puede aceptarse es que una norma, ni reglamentaria ni legal, produzca una brusca alteración en una situación regularmente constituida al amparo de una legislación anterior, desarticulando por sorpresa una situación en cuya perdurabilidad podía legítimamente confiarse. Y por ello esos cambios sólo pueden admitirse cuando así lo imponga el interés público y, en todo caso, ofreciendo medios y tiempo razonable para replantear las situaciones individuales afectadas»<sup>81</sup>. Pues bien, «las disposiciones transitorias [impugnadas] otorgan a los afectados un plazo más que razonable para adaptar su situación a la legalidad prevista en la ordenanza. No estamos ante una situación imprevisible para el recurrente, ni éste podía confiar en que la situación actual perdurase; por el

<sup>80</sup> Véanse las SSTC 126/1987, de 16 de julio (FF JJ 9º y ss.), 150/1990, de 4 de octubre (FJ 8º), 197/1992, de 19 de noviembre (FF JJ 4º y ss.), 173/1996, de 31 de octubre (FF JJ 3º y ss.) y 182/1997, de 28 de octubre (FF JJ 10º y ss.).

<sup>81</sup> STS de 27 de enero de 1990 (Ar. 562).

contrario, se ha venido beneficiando de la aplicación de un Reglamento de 1955, cuyo espíritu no preveía la instalación y proliferación de antenas por la ciudad, y menos de teléfonos móviles».

## V. EL LÍMITE DE LA RESERVA DE LEY

Salvo error nuestro, todas las ordenanzas reguladoras de las infraestructuras de radiocomunicación limitan —o delimitan, si se prefiere decir así— de alguna manera el ejercicio de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución y el de la «libertad general», que «autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas»<sup>82</sup>. Algunas de esas ordenanzas regulan las sanciones que cabe imponer por la infracción de sus preceptos. Y otras han llegado a imponer coactivamente a los titulares de las infraestructuras obligaciones patrimoniales.

El problema es que la Constitución dispone que tales materias deben regularse mediante ley (arts. 53.1, 25.1 y 31.3). Ciertamente, y como ha declarado el Tribunal Constitucional, estas reservas son «flexibles»: la Administración puede colaborar con el legislador en la regulación de las materias reservadas. Ahora bien, esa posibilidad tiene límites. En primer lugar, se requiere una remisión normativa: el reglamento puede intervenir en estos ámbitos si, y sólo si, cuenta con una previa y específica habilitación legislativa<sup>83</sup>. En segundo lugar, la remisión no puede ser «en blanco», al menos en los ámbitos sancionador y tributario: es inaceptable «una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir»<sup>84</sup>; es inconstitucional la «simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio»<sup>85</sup>. El problema consiste, pues, en precisar qué aspectos de la materia deben ser regulados directamente por la ley y cuáles pueden serlo por el reglamento.

Para intentar resolver el problema, algunos autores utilizan criterios apriorísticos. Se ha propuesto, por ejemplo, el de la *complitud*: el legislador debe

<sup>82</sup> SSTC 83/1984, de 24 de julio (FJ 3º), 93/1992, de 11 de junio (FJ 8º), y 197/1996, de 28 de noviembre (FJ 25º).

<sup>83</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2000, t. I, pp. 248 y ss. y 267; REBOLLO PUIG, «Juridicidad, legalidad, reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *RAP*, 125, 1991, p. 81; SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo*, CEURA, Madrid, 2000, p. 345. La STC 26/1994, de 27 de enero (FJ 5º), dice que esa habilitación debe ser expresa. En contra de la necesidad de habilitación previa, DE OTTO, *Derecho constitucional*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 237 y ss.

<sup>84</sup> STC 83/1984, de 24 de julio (FJ 4º). En sentido similar, *vid.* las SSTC 37/1981, de 16 de noviembre (FJ 4º), 179/1985, de 19 de diciembre (FJ 3º), 19/1987, de 17 de febrero (FJ 4º), y 185/1995, de 14 de diciembre (FJ 6º).

<sup>85</sup> SSTC 42/1987, de 7 de abril (FJ 2º), y 29/1989, de 6 de febrero (FJ 2º).

regular la totalidad de la materia reservada; «la ley sólo puede remitir a la potestad reglamentaria la regulación de los aspectos adjetivos, colaterales o conexos al núcleo de la materia»<sup>86</sup>. Mayor aceptación ha tenido el de la *esencialidad*: la ley ha de abordar por sí misma el «núcleo esencial de la regulación»<sup>87</sup>. La principal crítica que se les puede hacer a estas teorías es su falta de fundamento jurídico. La obligación del legislador de regular únicamente *todos* los aspectos *esenciales* de las materias reservadas a la ley no se establece en el texto de la Constitución ni se desprende de valor o principio alguno recogido por ésta. Se afirma la validez de ciertos criterios sin justificarlos; simplemente se los da por supuestos. Otra crítica es que tales teorías se ven desmentidas por los hechos: el legislador ni regula ni está obligado a regular directamente todo lo esencial de las materias reservadas; así, por ejemplo, es constitucionalmente lícita la colaboración reglamentaria en la regulación de los «elementos esenciales» del tributo<sup>88</sup>. Por último, aquellos criterios, especialmente el de la esencialidad, resultan prácticamente inservibles debido a su vaguedad. Para averiguar qué es lo esencial no hay más remedio que utilizar otros criterios<sup>89</sup>.

Otros autores defienden la teoría de la «justificación objetiva», teoría seguida *de facto* por el Tribunal Constitucional y que nosotros compartimos: «El legislador puede remitirse al reglamento siempre que haya una causa objetiva que lo justifique»<sup>90</sup>. Para precisar en qué medida está justificado remitir al reglamento la regulación de materias reservadas, habrá que ponderar, de un lado, el valor jurídico que fundamenta la reserva y, de otro, los valores constitucionalmente atendibles que exijan la remisión. Habrá que armonizar las exigencias contrapuestas de todos ellos<sup>91</sup>. Aquí no se recurre a criterios apriorísticos, sino a una interpretación teleológica y sistemática de los preceptos constitucionales que establecen reservas de ley.

El fundamento la reserva de ley reside en que el procedimiento legislativo asegura una amplia y plural participación de las fuerzas políticas, incluidas las minoritarias, a través de un debate público y contradictorio, lo que el procedimiento de adopción de otros actos jurídico-públicos (reglamentos, actos administrativos, sentencias) no permite. Determinadas regulaciones deben ser elaboradas a través del complejo procedimiento legislativo, que

<sup>86</sup> SANTAMARÍA PASTOR, *ob. cit.* (n. 83), p. 345.

<sup>87</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.* (n. 83), t. I, p. 268.

<sup>88</sup> Vid. las SSTC 221/1992, de 11 de diciembre (FJ 7º), y 185/1995, de 14 de diciembre (FJ 6º).

<sup>89</sup> Vid. un resumen de las críticas doctrinales a la teoría de la esencialidad en BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991, p. 58 y ss.; GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 75 y ss.

<sup>90</sup> BAÑO LEÓN, *ob. cit.*, (n. 89), p. 101.

<sup>91</sup> En sentido similar, PÉREZ ROYO, «Las fuentes del Derecho tributario en el nuevo ordenamiento constitucional», *Hacienda y Constitución*, IEF, Madrid, 1979, pp. 20 y 21.

cumple una importante función *legitimadora*<sup>92</sup>. Por esta razón, y dado que la necesidad de legitimar un acto de poder crece cuanto mayor es la gravedad con la que éste afecta a sus destinatarios, la amplitud admisible de la remisión al reglamento será inversamente proporcional a la gravedad del mismo para los derechos de los ciudadanos<sup>93</sup>. Así, las posibilidades del reglamento son mayores en la materia tributaria que en la sancionadora<sup>94</sup>; más amplias en la regulación de un tributo pagado como «compensación» por un servicio prestado por la Administración, que en la de uno que grava puramente la capacidad económica del contribuyente<sup>95</sup>.

De entre los factores constitucionales que fundamentan una «flexibilización» de la reserva de ley interesa destacar, por un lado, la autonomía de la Administración competente para colaborar en la regulación del ámbito reservado y, por otro, el carácter democrático de los órganos que la integran y de sus procedimientos de actuación. Estos factores justifican que la amplitud admisible de la remisión a las ordenanzas municipales sea mayor que en el caso de los reglamentos dictados por otras Administraciones<sup>96</sup>, si bien no alcanzan para prescindir de la habilitación legal previa ni tampoco para permitir remisiones en blanco, cuando menos en los campos sancionador y tributario<sup>97</sup>. Dado que la autonomía de los Municipios implica su poder de normar determinadas materias, muchas de las cuales están reservadas a la ley, se comprende que las exigencias de la reserva deben ceder en la medida necesaria para armonizar con las de la autonomía local, y viceversa. Por otra parte, el hecho de que el órgano titular de la potestad reglamentaria municipal esté integrado por concejales, elegidos mediante sufragio universal, igual, directo, libre y secreto, y de que sus sesiones sean públicas propor-

<sup>92</sup> Vid. BAÑO LEÓN, *ob. cit.* (n. 89), pp. 96 y ss.; DE OTTO, *ob. cit.* (n. 83), pp. 106 y 151 y ss.; GARCÍA MACHO, *ob. cit.* (n. 89), pp. 81 y 112 y ss.; RUBIO LLORENTE, *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1993, pp. 377 y 378.

<sup>93</sup> En sentido similar, STC 233/1999, de 16 de diciembre (FJ 9º), y BAÑO LEÓN, *ob. cit.* (n. 89), pp. 104 y ss.

<sup>94</sup> STC 132/2001, de 8 de junio (FJ 5º).

<sup>95</sup> STC 233/1999, de 16 de diciembre (FJ 9º).

<sup>96</sup> Vid. las SSTC 19/1987, de 17 de febrero (FJ 4º), 132/2001, de 8 de junio (FF JJ 5º y 6º), y, sobre todo, la 233/1999, de 16 de diciembre (FF JJ 10º y 16º y ss.), comentada por nosotros en «Límites sustanciales de las remisiones al reglamento en materia tributaria», *Rev. General de Derecho*, 679-671, 2000, pp. 9183 y ss. En la doctrina, *vid.*, entre otros, BAÑO LEÓN, *ob. cit.* (n. 89), pp. 147 y ss.; BLASCO DÍAZ, *ob. cit.* (n. 6), pp. 130 y ss.; GALÁN GALÁN, *La potestad normativa autónoma municipal*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 230 y ss.; ORTEGA ÁLVAREZ, «La potestad normativa local», *Anuario del Gobierno Local*, 2001, pp. 43 y ss.; PAREJA I LOZANO, «Autonomía y potestad normativa de las Corporaciones locales», *RAP*, 138, 1995, pp. 127 y ss.; PAREJO ALFONSO, *La potestad normativa local*, Marcial Pons, Madrid, 1998, *passim*, esp. pp. 65 y ss.

<sup>97</sup> SSTC 179/1985, de 19 de diciembre (FJ 3º), 19/1987, de 17 de febrero (FJ 4º), 233/1999, de 16 de diciembre (FJ 10º), 132/2001, de 8 de junio (FJ 6º). En contra, PAREJO ALFONSO, *ob. cit.* (n. 96), *passim*, esp. pp. 65 y ss., que, basándose en la «equivalencia material» entre Parlamento y Asamblea local, afirma que la exigencia de regulación por ley puede ser satisfecha mediante una ordenanza local. BAÑO LEÓN, *ob. cit.* (n. 89), pp. 158 y ss., considera que la remisión en blanco puede estar justificada en algunos casos.

ciona una legitimidad democrática a las ordenanzas que hace menos necesaria que en otros casos la función legitimadora del procedimiento legislativo.

A la vista de esta doctrina, resulta dudosa la licitud de algunas regulaciones contenidas en las ordenanzas. Por ejemplo, la que obliga a los titulares de las infraestructuras de radiocomunicación a contratar «un seguro de responsabilidad civil que cubra posibles afectaciones “sanitarias o de otra índole” o daños a las personas o bienes» causados por tales infraestructuras, requiriendo «un seguro para cada instalación» y «no admitiéndose uno genérico para todas ellas»<sup>98</sup>.

La imposición coactiva a los ciudadanos de una obligación de contenido patrimonial como ésta queda reservada a la ley (art. 31.3 CE)<sup>99</sup>, lo que no impide, ya lo hemos visto, que el legislador pueda remitirse a la Administración para su regulación. Así, el artículo 75 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro establece que «será obligatorio el seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que por el Gobierno se determinen». Y el *Gobierno*, en el ámbito aquí estudiado, sólo obliga a los instaladores de telecomunicación a contratar «un seguro de responsabilidad civil subsidiaria o de la responsabilidad civil que pueda corresponder... que cubra los posibles daños que pudieran causar a las redes públicas de telecomunicaciones o al dominio público radioeléctrico por defectos de instalación o mantenimiento de los equipos o sistemas de telecomunicación que instalen o mantengan, así como por la instalación de equipos no destinados a ser conectados a las redes públicas de telecomunicación»<sup>100</sup>. Es decir, este seguro obligatorio no se impone a los titulares de las infraestructuras, ni tampoco cubre los daños que puedan ocasionarse a los particulares<sup>101</sup>.

A nuestro modesto entender, la autonomía local y la cualificada legitimidad democrática de las ordenanzas locales no justifican el que éstas puedan extender a otros supuestos el seguro obligatorio de responsabilidad civil por daños a terceros. No sólo porque el tenor literal y el espíritu del citado artículo 75 de la Ley 50/1980 indican que únicamente el Gobierno puede establecer dicha obligación, sino también porque aquella medida no sirve a

<sup>98</sup> Art. 11 de la Ordenanza de Alcoy citada (n. 67).

<sup>99</sup> Como señala la STC 185/1995, de 14 de diciembre (FJ 3º), «la imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla es... el elemento determinante de la exigencia de reserva de ley; por ello, bien puede concluirse que la coactividad es la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público».

<sup>100</sup> Art. 14.a) del Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones (RD 279/1999, de 22 de febrero).

<sup>101</sup> El Informe de la CMT de 21 de febrero de 2002 (n. 22) afirma que las ordenanzas carecen de cobertura legal para establecer dicho seguro obligatorio.

los intereses cuya gestión compete al Ayuntamiento en virtud de su autonomía. La contratación de ese seguro no se dirige a la protección del medio ambiente, la salud de las personas o la correcta utilización del suelo, sino a garantizar una compensación económica a los particulares dañados ilícitamente por otros particulares. Y, salvo error nuestro, ninguna ley otorga competencia a los Municipios para atender esta finalidad, por muy flexible y generosamente que interpretemos nuestras leyes. Es más, un seguro tal puede resultar contraproducente para la protección sanitaria y ambiental, pues existe el peligro de que desincentive la actuación diligente de las empresas encaminada a evitar daños<sup>102</sup>. Así mismo, puede ser desmesuradamente costoso para éstas, dada la reticencia de las compañías de seguros a asegurar riesgos respecto de los cuales todavía no existen cálculos actuariales.

La licitud de la tipificación en las ordenanzas de algunas infracciones es igualmente dudosa. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, «corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal– sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción»<sup>103</sup>. En la mayoría de Comunidades Autónomas no es fácil encontrar una ley que ofrezca, en los términos expuestos, la cobertura constitucionalmente exigible para castigar, por ejemplo, el incumplimiento de las obligaciones relativas a las inmisiones electromagnéticas<sup>104</sup>.

## VI. EL LÍMITE DEL MANDATO DE TIPICIDAD

Según dice el Tribunal Constitucional, el mandato de tipicidad constituye la vertiente material del principio de legalidad que ha de informar la regulación de los derechos reconocidos en los artículos 15 a 38 de la Constitución<sup>105</sup>. Sólo puede limitarse el ejercicio de uno de esos derechos cuando dicha posibilidad está predeterminada normativamente en términos lo suficientemente precisos como para hacer previsible la limitación<sup>106</sup>. El cumplimiento de este mandato sirve a la seguridad jurídica de los ciudadanos, les permite prever razonablemente en qué condiciones y circunstancias pueden

<sup>102</sup> Vid. POSNER, *El análisis económico del Derecho*, FCE, México, 1998, p. 195.

<sup>103</sup> STC 132/2001, de 8 de junio (FJ 6º).

<sup>104</sup> En este sentido y en relación con un problema similar, el de la contaminación acústica, *vid.* la STS de 6 de febrero de 1996 (Ar. 1098), criticada por BREMOND Y TRIANA, «Ruidos de locales de ocio: su tipificación y sanción en las ordenanzas municipales», *Rev. de Derecho Ambiental*, 18, 1997, pp. 31-43.

<sup>105</sup> *Vid.*, por ejemplo, las SSTC 42/1987, de 7 de abril (FJ 2º), 305/1993, de 25 de octubre (FJ 3º), 341/1993, de 18 de noviembre (FJ 10º), 53/1994, de 24 de febrero (FJ 4º), 25/2002, de 11 de febrero (FJ 4º) y 113/2002, de 9 de mayo (FJ 3º).

<sup>106</sup> STC 292/2000, de 3 de noviembre (FJ 15º).

ser limitados sus derechos<sup>107</sup>. Asimismo, reduce el margen de discrecionalidad de que dispone el órgano encargado de aplicar la norma restrictiva al caso concreto, lo que hace disminuir el riesgo de que aquél restrinja arbitraria o desmesuradamente tales derechos. Se persigue «proporcionar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad»<sup>108</sup>; ofrecerle «garantías adecuadas y suficientes contra el abuso»<sup>109</sup>.

¿Es lícito, pues, que las ordenanzas municipales limiten la libertad de empresa mediante términos tan vagos como «mejor tecnología disponible», «minimización del impacto ambiental», «incompatibilidad con el entorno», «mejor composición rítmica para lograr la máxima integración en el paisaje urbano», etc.?

La ordenanza de Barcelona fue impugnada precisamente por emplear con profusión conceptos indeterminados tales como «impacto desfavorable» o «niveles admisibles de impacto», lo que según los recurrentes «configuraba un régimen discrecional, lo que conllevaba inseguridad jurídica». El Tribunal Supremo, sin embargo, desestimó esta alegación, pues los conceptos cuestionados eran susceptibles de concreción por la Administración y de control judicial<sup>110</sup>.

En nuestra opinión, cabe utilizar conceptos vagos para regular las condiciones de ejercicio de las potestades administrativas que restrinjan la libertad empresarial de los titulares de infraestructuras de radiocomunicación. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, hasta la tipificación de infracciones penales pueden hacerse «mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada»<sup>111</sup>. «Los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad, en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable con arreglo a los criterios interpretativos antes enunciados»<sup>112</sup>. Ciertamente, las exigencias de tipicidad para limitar la libertad empresarial no son tan rigurosas como las existentes en materia penal, pero aún subsisten.

<sup>107</sup> Proporciona «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano de cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5º).

<sup>108</sup> STEDH de 2 de agosto de 1984 (*Malone*, 8691/1979, §68).

<sup>109</sup> STEDH de 6 de septiembre de 1978 (*Klass y otros*, 5029/1971, §50). La STEDH de 24 de abril de 1990 (*Kruslin*, 11801/1985, §35) habla de las «salvaguardias adecuadas contra diversos abusos que hay que temer».

<sup>110</sup> STS de 18 de junio de 2001 (Ar. 8744).

<sup>111</sup> STC 219/1989, de 21 de diciembre (FJ 5º).

<sup>112</sup> STC 69/1989, de 20 de abril (FJ 1º).

A nosotros nos parece que se vulnera el mandato de tipicidad al establecer que «el Ayuntamiento... por razones de interés público podrá exigir en cualquier momento la modificación de la ubicación de las instalaciones o de cualquiera de sus elementos, siendo esta modificación obligatoria para la empresa autorizada, sin que pueda reclamar indemnización alguna por daños, perjuicio o coste alguno»<sup>113</sup>. Nadie discute que puede haber razones de interés público que justifiquen la modificación. Lo criticable es que este precepto, pudiéndolo hacer, no las haya concretado suficientemente. A la vista del mismo, las empresas no pueden prever con un grado razonable de certeza en qué circunstancias quedarán obligadas a modificar sus instalaciones. Además, este precepto es parcialmente ilegal, en cuanto que en alguno de los casos por él comprendidos –v. gr., cambio de criterio de la Administración acerca de lo conveniente para el interés público– la empresa no está obligada a soportar el perjuicio económico que supone la modificación, por lo que debería ser indemnizada por ello<sup>114</sup>.

## VII. RECAPITULACIÓN

Los Municipios son en principio competentes para ordenar las instalaciones de radiocomunicación a fin de proteger la salud, el medio ambiente y la correcta utilización del espacio urbano. En el ejercicio de esta competencia pueden regular los aspectos estructurales y morfológicos de las infraestructuras, limitar su ubicación, obligar a sus titulares a compartirlas y a utilizar la mejor tecnología disponible en cada momento que no suponga costes excesivos a fin de minimizar el impacto visual y los riesgos sanitarios derivados de las mismas, sujetar su construcción y funcionamiento a diversos controles previos y disponer la aplicación de estas regulaciones también a las instalaciones establecidas antes de la entrada en vigor de la correspondiente ordenanza.

Pero por muy dignos de protección que sean aquellos intereses, por atendible que sea la preocupación social que el despliegue de estas infraestructuras ha generado, dicha competencia municipal no justifica la adopción de medidas arbitrarias, elaboradas sin la observancia del procedimiento debido, inútiles, innecesarias o desproporcionadamente onerosas para otros bienes jurídicamente protegidos, como la libertad de empresa, los servicios de telecomunicaciones, el derecho de propiedad y los principios democrático y de seguridad, que fundamentan la reserva de ley, el mandato de tipicidad y una cierta irretroactividad normativa.

Hay que reconocer un amplio margen de discrecionalidad a los Ayuntamientos para regular la materia, en la medida en que su composición democrática y el procedimiento de elaboración de las ordenanzas les pertrechan

<sup>113</sup> Art. 8.4 de la Ordenanza de Torremanzanas de 3 de julio de 2002 (BOP de Alicante núm. 161, de 16 de julio).

<sup>114</sup> *Vid.* el art. 16.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (D. de 17 de junio de 1955).

mejor que a otros poderes públicos para conocer las particulares necesidades locales en este ámbito y tomar las decisiones más justas. Sin embargo, resulta evidente que ciertas regulaciones vulneran el ordenamiento jurídico, v. gr., por su desproporción. Y se nos antoja que habrá casos en los que sea manifiesto que el Ayuntamiento no ha observado el procedimiento que razonablemente cabía exigirle para establecerlas, y que constituye un presupuesto de legitimidad y licitud de las mismas.

1.º El Ayuntamiento de San Sadurn de Noya, en su acuerdo de 19 de mayo de 2011, establece un canon de 100 euros por cada vivienda para el mantenimiento y limpieza de las zonas comunes de las viviendas unifamiliares. Este canon se aplica a todas las viviendas unifamiliares que forman parte del patrimonio municipal, independientemente de si son propiedad municipal o no.

2.º El Ayuntamiento de San Sadurn de Noya, en su acuerdo de 19 de mayo de 2011, establece un canon de 100 euros por cada vivienda para el mantenimiento y limpieza de las zonas comunes de las viviendas unifamiliares. Este canon se aplica a todas las viviendas unifamiliares que forman parte del patrimonio municipal, independientemente de si son propiedad municipal o no.

3.º El Ayuntamiento de San Sadurn de Noya, en su acuerdo de 19 de mayo de 2011, establece un canon de 100 euros por cada vivienda para el mantenimiento y limpieza de las zonas comunes de las viviendas unifamiliares. Este canon se aplica a todas las viviendas unifamiliares que forman parte del patrimonio municipal, independientemente de si son propiedad municipal o no.

4.º El Ayuntamiento de San Sadurn de Noya, en su acuerdo de 19 de mayo de 2011, establece un canon de 100 euros por cada vivienda para el mantenimiento y limpieza de las zonas comunes de las viviendas unifamiliares. Este canon se aplica a todas las viviendas unifamiliares que forman parte del patrimonio municipal, independientemente de si son propiedad municipal o no.

5.º El Ayuntamiento de San Sadurn de Noya, en su acuerdo de 19 de mayo de 2011, establece un canon de 100 euros por cada vivienda para el mantenimiento y limpieza de las zonas comunes de las viviendas unifamiliares. Este canon se aplica a todas las viviendas unifamiliares que forman parte del patrimonio municipal, independientemente de si son propiedad municipal o no.

6.º El Ayuntamiento de San Sadurn de Noya, en su acuerdo de 19 de mayo de 2011, establece un canon de 100 euros por cada vivienda para el mantenimiento y limpieza de las zonas comunes de las viviendas unifamiliares. Este canon se aplica a todas las viviendas unifamiliares que forman parte del patrimonio municipal, independientemente de si son propiedad municipal o no.

7.º El Ayuntamiento de San Sadurn de Noya, en su acuerdo de 19 de mayo de 2011, establece un canon de 100 euros por cada vivienda para el mantenimiento y limpieza de las zonas comunes de las viviendas unifamiliares. Este canon se aplica a todas las viviendas unifamiliares que forman parte del patrimonio municipal, independientemente de si son propiedad municipal o no.

8.º El Ayuntamiento de San Sadurn de Noya, en su acuerdo de 19 de mayo de 2011, establece un canon de 100 euros por cada vivienda para el mantenimiento y limpieza de las zonas comunes de las viviendas unifamiliares. Este canon se aplica a todas las viviendas unifamiliares que forman parte del patrimonio municipal, independientemente de si son propiedad municipal o no.

9.º El Ayuntamiento de San Sadurn de Noya, en su acuerdo de 19 de mayo de 2011, establece un canon de 100 euros por cada vivienda para el mantenimiento y limpieza de las zonas comunes de las viviendas unifamiliares. Este canon se aplica a todas las viviendas unifamiliares que forman parte del patrimonio municipal, independientemente de si son propiedad municipal o no.

10.º El Ayuntamiento de San Sadurn de Noya, en su acuerdo de 19 de mayo de 2011, establece un canon de 100 euros por cada vivienda para el mantenimiento y limpieza de las zonas comunes de las viviendas unifamiliares. Este canon se aplica a todas las viviendas unifamiliares que forman parte del patrimonio municipal, independientemente de si son propiedad municipal o no.