

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
PLENO
SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 11/02/2013

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 4490/2007

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 29/01/2013

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA CON/AD SEC.3

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho

Secretaría de Sala : 101

Escrito por:

Nota:

PRECEPTOS DE ORDENANZA DEL AYUNTAMIENTO DE BURRIANA QUE PROHIBEN LA INSTALACION DE INFRAESTRUCTURAS RADIOELÉCTRICAS DE TELECOMUNICACIÓN A 100 METROS DE ZONAS SENSIBLES. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

Num.: 4490/2007

Votación: 29/01/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Ricardo Enríquez Sancho

Secretaría Sr./Sra.: 101

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
PLENO**

S E N T E N C I A

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. José Manuel Sieira Míguez

Magistrados:

**D. Mariano de Oro-Pulido y López
D. Ricardo Enríquez Sancho
D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez
D. Pedro José Yagüe Gil
D. Rafael Fernández Montalvo
D. Manuel Vicente Garzón Herrero
D. Segundo Menéndez Pérez
D. Enrique Lecumberri Martí
D. Manuel Campos Sánchez-Bordona
D. Nicolás Maurandi Guillén
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
D. Eduardo Espín Templado
D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
D. Rafael Fernández Valverde
D^a. Celsa Pico Lorenzo
D. Octavio Juan Herrero Pina
D. Emilio Frías Ponce
D. José Díaz Delgado
D. Eduardo Calvo Rojas
D. Luis María Díez-Picazo Giménez
D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco
D^a. María del Pilar Teso Gamella
D. Juan Carlos Trillo Alonso
D. José Antonio Montero Fernández
D^a. María Isabel Perelló Doménech
D. Carlos Lesmes Serrano
D. José María del Riego Valledor
D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo
D. Diego Córdoba Castroverde**

D. Óscar González González
D. Ramón Trillo Torres
D. Vicente Conde Martín de Hijas
D. Manuel Martín Timón
D. Jesús Ernesto Peces Morate
D. Santiago Martínez-Vares García
D. Juan Gonzalo Martínez Micó

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil trece.

VISTO por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación 8/4490/2007, interpuesto por la entidad mercantil Vodafone España. S.A. representada por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 25 de enero de 2007, sobre acuerdo del Ayuntamiento de Burriana de 3 de junio de 2005 por el que se aprobó definitivamente la Ordenanza Municipal Reguladora de las Infraestructuras Radioeléctricas de Telecomunicación, habiendo comparecido como parte recurrida el Ayuntamiento de Burriana, representado por el Procurador D. Luis Fernando Granados Bravo, y la entidad mercantil France Telecom España, representada por el Procurador D. Pablo Hornedo Muguero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por acuerdo de 3 de junio de 2004 el Ayuntamiento de Burriana aprobó la Ordenanza Municipal Reguladora de las Infraestructuras Radioeléctricas de Telecomunicación.

SEGUNDO.- Contra el anterior acuerdo se interpuso por Vodafone España, S.A. recurso contencioso administrativo que fue tramitado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana con el nº 1306/2004, en el que recayó sentencia de fecha 25 de enero de 2007 por la que se estimaba en parte el recurso interpuesto,

se anulaban dos preceptos de la ordenanza y se desestimaba el recurso en cuanto a los demas.

TERCERO.- Frente a la anterior sentencia se interpuso, por un lado, recurso de casación para la unificación de doctrina por France Telecom, S.A., que fue declarado inadmisibile por sentencia de esta Sala (Sección Cuarta) de 13 de octubre de 2010 y, por otro, el presente recurso de casación en el que, una vez admitido, se dio traslado a las partes recurridas para que formularan sus escritos de oposición, trámite que fue evacuado únicamente por el Ayuntamiento de Burriana, declarándose caducado en cuanto a France Telecom España, S.A.

CUARTO.- Por providencia de 12 de junio de 2012 se acordó elevar los autos al Presidencia de la Sala a fin de que considerase la posible conveniencia de someter la deliberación, votación y fallo del presente recurso al Pleno de la Sala, dado que en él se planteaba una cuestión en la que existía discrepancia entre la doctrina mantenida repetidamente por la Sección Cuarta de esta Sala y la sentencia de 16 de noviembre de 2011 dictada por su Sección Quinta.

QUINTO.- Por acuerdo de 25 de junio de 2012 el Presidente de la Sala, en uso de las facultades que le otorga el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, decidió someter el conocimiento del presente recurso de casación al Pleno de la Sala.

SEXTO.- Por providencia de 11 de diciembre de 2012 se señaló para la votación y fallo el día 29 de enero de 2013, fecha en que se ha llevado a cabo el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **RICARDO ENRÍQUEZ SANCHO**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad mercantil Vodafone España, S.A. interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 25 de enero de 2007 que estimó solo en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por dicha entidad contra el

acuerdo del Ayuntamiento de Burriana de 3 de junio de 2004, por el que se aprobaba la Ordenanza Municipal Reguladora de las Infraestructuras Radioeléctricas de Telecomunicación en el término municipal de ese Ayuntamiento.

Aunque ante la Sala de instancia la parte recurrente había pretendido la declaración de nulidad de distintos preceptos de la Ordenanza, que la sentencia no acoge, en el presente recurso de casación formula un único motivo en el que se discrepa de la sentencia recurrida solamente en cuanto consideró ajustado a derecho los artículos 6.1.c) y 17.C de la referida Ordenanza. Dichos preceptos prohíben la instalación de infraestructuras radioeléctricas de telecomunicación “en escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos, así como en los edificios colindantes a esos espacios o que se sitúen en el linde o frente de fachada de los mismos. Asimismo y considerando las referidas zonas como espacios sensibles, se fija una distancia mínima de 100 metros entre estas y cualquier implantación de estaciones radioeléctricas”. La Sala razona que a pesar de que no exista prueba alguna de que las radiaciones emitidas por las instalaciones en cuestión sean nocivas para la salud, las limitaciones contenidas en dicho precepto no pueden considerarse abusivas o desproporcionadas, “ya que con ellas en absoluto aparece acreditado que supongan impedimento o serio obstáculo en orden al desenvolvimiento regular de los servicios de telecomunicaciones en el término municipal, de manera que – a la luz del criterio asentado por el Tribunal Supremo en sentencias de 18 de junio de 2001 o de 15 de diciembre de 2003, y seguido por esta Sala, Sección segunda en sentencia como la nº 669/2004, de 11 de mayo- no procede entender ilegal el precepto impugnado”.

SEGUNDO.- En su único motivo de casación, Vodafone España, S.A. alega que la sentencia recurrida infringe el artículo 149.1.21ª de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones, así como la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones que, desarrollada por el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre y Orden CTE/23/2002, de 11 de enero, no establecen prohibiciones absolutas en relación a los denominados “espacios sensibles”, sino que solo exigen minimizar en la mayor medida de lo posible las emisiones en dichas zonas pero nunca prohibir su

instalación en ellas, Después de razonar que el principio de precaución ya ha sido acogido por la legislación estatal en esas disposiciones, concluye que con esa Ordenanza el Ayuntamiento de Burriana ha infringido el principio de lealtad institucional que impone el artículo 4.1 de la Ley 30/1992 y ha actuado al margen de las competencias que le atribuye la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LRBRL).

Por su parte, el Ayuntamiento de Burriana se opone al recurso afirmando su competencia con apoyo en la doctrina mantenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2003, que repite la iniciada por la sentencia de esta misma Sala de 24 de enero de 2000.

TERCERO.- Las sentencias de esta Sala de 24 de enero de 2000 y 18 de junio de 2001, a propósito de un conflicto entre los intereses que los Ayuntamientos están obligados a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y la seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales derivadas del deterioro que al medio ambiente urbano pudieran originar las instalaciones de los operadores y el derecho que a estos atribuía la legislación de telecomunicaciones (entonces, la Ley 31/1987, de 18 de diciembre) para ocupar el terreno necesario para implantar esas instalaciones, establecieron una doctrina que viene repitiéndose constantemente por esta Sala, que la aplica también en los casos en que el conflicto se suscita cuando los Ayuntamientos invocan como título habilitante para su actuación el artículo 25.2. h) LRBRL.

Tal como concluyen esas sentencias:

“a) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia... con arreglo a la legislación aplicable...

Por consiguiente los Ayuntamientos pueden establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos... tendentes a preservar los intereses

municipales en materia de... protección de la salubridad pública (artículo 25.2. h).

b) 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 entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, 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”.

Por otra parte, esta Sala viene declarando repetidamente (sentencias de 21 de mayo de 1997, 30 de enero de 2008 y 7 de octubre de 2009, entre otras) que de los artículos 25 a 28 LRBRL, interpretados de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante instrumento de 20 de enero de 1988 resulta una atribución genérica de potestades a los Ayuntamientos para intervenir en todo el conjunto de materias relacionadas en el artículo 25.2 de aquella disposición y que representan el contenido competencial en que se hace reconocible el principio de autonomía municipal garantizado en los artículos 137 y 140 de la Constitución. El precepto indicado establece que en esas materias el “Municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, por lo que un límite a la actuación de los Ayuntamiento es que el Estado o las Comunidades Autónomas" hubieran ya actuado con regulaciones incompatibles con las que los Ayuntamientos pretendieran establecer.

Entre las materias relacionadas en el artículo 25.2 LRBRL se encuentran las relativas a la ordenación urbanística (d), protección del medio ambiente (f) y protección de la salubridad pública (h), campos en los que con frecuencia las normas emanadas de los Ayuntamientos pueden entrar en colisión con las producidas por el Estado a quien el artículo 149.1.21ª de la Constitución atribuye competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones.

CUARTO.- En relación con la instalación de estaciones de telefonía los Ayuntamientos vienen ejercitando las competencias derivadas del artículo 25.2 h) LRBRL estableciendo medidas de protección en un doble sentido; o bien imponiendo límites a las emisiones procedentes de dichas instalaciones mas estrictos que los establecidos en el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, o bien prohibiendo la localización de las diversas instalaciones radioeléctricas a determinadas distancias, variables según las distintas ordenanzas, de espacios considerados especialmente sensibles.

Dicho Real Decreto 1066/2001 se aprobó en uso de la delegación contenida en el artículo 62 de la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998 de 24 de abril de 1998, según el cual el Gobierno establecería “el procedimiento de determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerables y que no supongan un peligro para la salud pública”, reglamento que no se ha visto afectado por la nueva Ley General de Telecomunicaciones 32/2003, de 3 de noviembre de 2003, que mantiene la misma delegación en favor del Gobierno.

El Real Decreto 1066/2001 establece unos límites máximos de emisión, que dependen de las frecuencias utilizadas y que no hacen sino recoger los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos.

Contra aquella disposición se interpuso un recurso contencioso administrativo en el que la parte recurrente apelaba, básicamente al principio de precaución. Como es sabido, este principio de precaución o

cautela, que aparece en el artículo 174.2 del Tratado de la Comunidad Europea con referencia a la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente, ha sido aplicado también en la política de protección de la salud. Según la jurisprudencia comunitaria este principio permite que, cuando subsistan dudas sobre la existencia o alcance de los riesgos para la salud de las personas, las Instituciones adopten medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2006 (recurso 503/2001) que resolvió el referido recurso, analiza este principio de precaución y descarta que su aplicación pueda oponerse a la disposición impugnada. En consecuencia desestima el recurso interpuesto. Para ello analiza la prueba practicada en el proceso y la contrapone al abundante material científico que tuvo a su disposición la Unión Europea cuando su Comisión aprobó la Recomendación que ha servido de base al Real Decreto 1066/2001 y llega a la conclusión de que se han observado con creces las medidas de seguridad aconsejables. Así destaca que “dichos límites son el resultado de una compleja revisión científica internacional llevada a cabo por organismos públicos o entidades independientes que, una vez establecidos los niveles de exposición a emisiones radioeléctricas no ionizantes que pudieran considerarse potencialmente adversas para la salud, fijó el umbral para las personas en una cantidad cincuenta veces inferior a aquellos: los valores de las denominadas restricciones básicas y niveles de referencia corresponden, pues, no al umbral de protección mínimamente seguro sino a otro cincuenta veces inferior”. No solo es eso, sino, según dice esta sentencia “los recientes planes de inspección realizados por el Ministerio de Ciencia y Tecnología han demostrado que las antenas de telefonía móvil emiten cientos de veces menos de los límites considerados seguros por la Comisión Europea, la OMS y el Real Decreto 1066/2001”. Aunque en la fecha en que se dictó la Recomendación del Consejo de Europa antes citada, no se trataba de una cuestión científicamente cerrada, pues en el marco comunitario el Consejo ya abogaba en 1999 por el fomento de la investigación relativa a los efectos a corto y largo plazo de la exposición a campos electromagnéticos en todas las frecuencias pertinentes y proponía también la revisión y fijación de los actuales valores fijados teniendo en cuenta también los posibles efectos que entonces estaban

siendo estudiados, incluidos los aspectos pertinentes relativos a la precaución, a cuyo efecto invitaba a la Comisión a elaborar, en el plazo de cinco años, un informe para la Comunidad, en su conjunto, que tuviera en cuenta los informes de los Estados miembros así como los datos e informes científicos, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que se han producido tanto en el ámbito interno como internacional diversos informes que confirman que en los límites indicados por el Real Decreto 1066/2001 no exista prueba alguna que permita establecer una relación causal entre la exposición a los campos electromagnéticos producidos por las estaciones base y por las antenas de telefonía móvil y efectos adversos para la salud humana.

QUINTO.- La misma existencia del Real Decreto 1066/2001 y las consideraciones que a propósito de su impugnación realizó la sentencia de esta Sala de 19 de abril de 2006, glosada en el anterior razonamiento jurídico, están en el punto de partida de las soluciones que esta Sala ha alcanzado a propósito de las limitaciones impuestas por los Ayuntamientos a los operadores de empresas de telecomunicaciones amparadas en el artículo 25.2 h) LRBRL: protección de la salubridad pública.

En cuanto a la imposición a los operadores de límites de emisión en los respectivos términos municipales, después de la aprobación del Real Decreto 1066/2001 se trata de una materia en que el Estado ha ejercitado sus competencias por lo que los Ayuntamientos no tienen la posibilidad de alterar los límites establecidos por dicha disposición, y así lo viene declarando el Tribunal Supremo desde sus sentencias de 28 de marzo y 11 de mayo de 2006.

La LGTL/2003 parece que ha querido zanjar definitivamente la cuestión en este punto, pues su artículo 44.1.a), después de habilitar al Gobierno para dictar el reglamento que determine los niveles de emisión tolerables y que no supongan peligro para la salud pública, establece que "tales límites deberán ser respetados, en todo caso, por el resto de las Administraciones Públicas, tanto autonómicas como locales".

Por el contrario, la respuesta de esta Sala no ha sido tan uniforme cuando se ha enfrentado al enjuiciamiento de Ordenanzas municipales

que prohibían la instalación de estaciones radioeléctricas en la proximidad de determinados espacios que pretendían proteger especialmente.

La sentencia de esta Sala de 11 de octubre de 2006 confirmó la nulidad de un precepto de una Ordenanza municipal sobre telefonía móvil que imponía una reducción obligatoria de 25% de los niveles de emisión de referencia cuando la instalación se encontrase a menos de 400 metros de zonas con las actividades a proteger que la Ordenanza detallaba, pero la razón de decidir consistió en que los Ayuntamientos no podían regular una materia cuando ya existe una regulación de carácter estatal o autonómica sobre ella, en este caso el Real Decreto 1066/2001, esto es, por la determinación de unos niveles de emisión que no podían ser alterados por ninguna regulación municipal.

No es sino hasta la sentencia de 17 de noviembre de 2009 cuando esta Sala formula una declaración general a propósito de la potestad de los Ayuntamientos de establecer, por razones de salubridad pública, medidas adicionales de protección a las contenidas en el Real Decreto 1066/2001, aunque ha de advertirse que esta declaración se realiza a propósito de una Ordenanza en que ni se imponían límites a las emisiones distintas de los señalados en aquel Real Decreto ni prohibiciones absolutas de llevar a cabo instalaciones en las proximidades de determinados espacios sensibles, y que se formula después de recordar la doctrina que esta Sala viene manteniendo desde su sentencia de 24 de enero 2000, opuesta a que las competencias municipales en este campo puedan traducirse en restricciones absolutas del derecho de los operadores a establecer sus instalaciones o en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

La doctrina sentada en esta sentencia se ha mantenido en sentencias posteriores aunque en esta materia siempre, antes y después de la referida sentencia, esta Sala ha insistido en el carácter casuístico con que debía abordarse la solución de los problemas planteados (sentencias , entre otras, de 11 de octubre de 2006, 27 de abril y 15 de junio de 2010).

La sentencia de 4 de mayo de 2010, en relación con el precepto de una Ordenanza que imponía determinadas limitaciones a la instalación de estaciones radioeléctricas por razones medioambientales o paisajísticas y urbanísticas precisó que la prohibición, repetidamente indicada por esta Sala, de establecer restricciones absolutas se refiere, "bien a la imposibilidad de prestar adecuadamente el servicio en determinada zona o lugar, bien a la posibilidad de prestarlo solo en condiciones de gravosidad desproporcionada en relación con los beneficios que la restricción pueda revertir a los intereses municipales". Del mismo modo, la sentencia de 13 de diciembre de 2010, examinando una Ordenanza que prohibía la autorización de antenas y, en general, de instalaciones de telecomunicación a menos de 100 metros de equipamientos educativos, culturales, asistenciales o sanitarios y en espacios libres clasificados por el planeamiento para el ocio, decide, valorando la prueba practicada, en función de si de esa limitación resultara para la empresa recurrente una imposibilidad de prestar el servicio en esas zonas especialmente protegidas.

De la evolución jurisprudencial que hemos sintetizado, correspondiente a sentencias dictadas por la Sección Cuarta de esta Sala, puede concluirse que, por razones de salubridad pública, los Ayuntamientos están autorizados para prohibir la instalación de estaciones base de telefonía dentro de determinadas distancias a espacios especialmente sensibles siempre que ello no suponga para la empresa prestadora del servicio la imposibilidad de hacerlo de modo satisfactorio.

Sin embargo la sentencia de la Sección Quinta de esta misma Sala de 22 de marzo de 2011, enfrentada a una regulación que, entre otras determinaciones, prohibía la instalación de antenas a las distancias que el reglamento señalaba, según se tratara de zonas de uso continuado para las personas, espacios abiertos de los centros docentes y establecimientos que acojan de manera regular población en edad escolar, resuelve el recurso desde una perspectiva que no había sido considerada antes, la de si esas prescripciones suponían una regulación de carácter técnico sobre la que los Ayuntamientos no podían actuar por tratarse de una competencia atribuida con carácter exclusivo al Estado en el artículo 149.1.21^a de la Constitución, ejercitada, por lo que se refiere a

la protección de la salud por medio del Real Decreto 1066/2001. Esta sentencia recoge la copiosa doctrina de la Sala que había considerado un límite infranqueable al ejercicio de las competencias municipales la regulación de cuestiones técnicas relativas a la ordenación de las comunicaciones por telefonía móvil, pero hasta esta sentencia en ningún recurso de casación se había cuestionado alguna ordenanza municipal que impusiera prohibiciones de instalación de estaciones radioeléctricas en las llamadas zonas sensibles por considerar que se trataba de una regulación técnica ya agotada con el Real Decreto 1066/2001. La citada sentencia de 22 de marzo de 2011, en una doctrina que se repite en sus sentencias de 12 de abril, 14 de julio y 16 de noviembre del mismo año, concluye que se trata de un aspecto puramente técnico de la ordenación de las telecomunicaciones en los que los Ayuntamientos no pueden invocar título competencial alguno, ni el urbanístico ni el sanitario, por tratarse de una regulación que incide directamente en la configuración, diseño técnico y despliegue de las infraestructuras que conforman la red, y que entran dentro del ámbito de la competencia exclusiva del Estado.

SEXO.- La Ordenanza municipal que da origen al presente proceso se apoya en el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en particular en sus apartados d), ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, f), protección del medio ambiente y h) protección de salubridad pública, y en su distintos preceptos se suceden regulaciones que responden a cualquiera de esas materias, aunque no es dudoso asignar los artículos 6.1.c) y 17. C, cuestionados en este motivo de casación a una medida de protección de la salubridad pública, como reconoce el propio Ayuntamiento recurrido al justificarlos en la preocupación existente entre los vecinos por la existencia de una instalación de ese tipo a menos de 100 metros de un colegio de la localidad.

Tal como declara la STC 8/2012, de 18 de enero, el Estado, por medio del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre "en el ejercicio de sus competencias en materia de sanidad y telecomunicaciones está configurando un procedimiento para la determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable, para su actualización conforme al progreso científico, así como para el control del cumplimiento por los operadores de estos niveles de emisión a través de un sistema de

autorización, seguimiento, inspección y control en el que se entrelazan aspectos sanitarios y aspectos de telecomunicaciones". "En efecto, la regulación de los niveles de emisión persigue una uniformidad que responde a un claro interés general no solo porque los niveles tolerables para la salud han de serlo para todos los ciudadanos por igual, sino también porque los mismos operan como presupuesto del ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y, concretamente, del ejercicio de las facultades de autorización, seguimiento e inspección de las instalaciones radioeléctricas. Es más, correlativamente, esos niveles de emisión fijados por el estado funcionan, también, como un elemento determinante del régimen jurídico de los operadores de instalaciones de radiocomunicación, así como de la funcionalidad del mercado de las telecomunicaciones, asegurando su unidad. En definitiva, a través del Real Decreto 1066/2001, el Estado ha establecido una regulación que ofrece, para todo el ámbito nacional, una solución de equilibrio entre la preservación de la protección de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones".

Las limitaciones impuestas por los artículos 6.1.c y 17.C de la Ordenanza de que trae causa el presente proceso interfieren el despliegue de la red en el término municipal y, además, invocan un título habilitante, el derivado del artículo 25.2 h LRBRL, en el que el Estado ya ha intervenido aplicando el principio de precaución con una reglamentación que, atendido el estado de la ciencia, tiene una pretensión de exclusividad, por lo que representa un ámbito en el que las Corporaciones locales tienen impedida cualquier posibilidad de regulación

El ejercicio por el Estado de sus competencias en relación con la adopción de las pertinentes medidas sanitarias frente a los riesgos derivados de la exposición de la población a emisiones radioeléctricas representa para los Ayuntamientos un límite al ejercicio de las que a ellos, en este campo, podrían corresponder en virtud de lo dispuesto en los artículos 25.2 h y 28 LRBRL.

Ni el principio de autonomía municipal que garantiza el artículo 140 de la Constitución ni el principio de subsidiariedad de la acción de los entes locales que reconoce el artículo 28 LRBRL entre otros campos en

el de la sanidad, puede invocarse cuando el Estado en el ejercicio de sus competencias y velando por los intereses generales que a él le corresponden, ha establecido una regulación sobre la misma materia a la que sin duda alguna puede atribuirse una vocación de exclusividad, como sucede con el R.D. 1066/2001, de 28 de septiembre, en el que no solo se establecen mas límites de exposición al público en general a los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radiolétricas sino que se contienen específicas previsiones sobre la afectación de la población en esos espacios calificados como "sensibles", que agotan las medidas que en este campo puedan adoptarse basadas en el principio de precaución e impiden cualquier actuación municipal adoptada con base en el mismo título habilitante.

SEPTIMO.- Por todo ello procede estimar el presente recurso de casación y, de conformidad con lo expuesto, estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad mercantil Vodafone España, S.A. contra el acuerdo del Ayuntamiento de Burriana de 3 de junio de 2004 que aprobó la Ordenanza Municipal Reguladora de las Infraestructuras Radioelétricas de Telecomunicación y anular sus artículos 6.1c y 17. C, únicos a los que se ha referido la entidad recurrente en el presente recurso de casación. De este modo se unifican los distintos matices con que enfrentadas las distintas Secciones de esta Sala al problema planteado en este recurso, habían venido resolviéndolo.

OCTAVO.- Conforme al artículo 139.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, no procede hacer declaración expresa sobre las costas causadas.

F A L L A M O S

1º Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil Vodafone España, S.A. contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 25 de enero de 2007.

2º Casamos dicha sentencia, en cuanto declaró ajustados al ordenamiento jurídico los artículos 6.1.c y 17.C de la Ordenanza Municipal Reguladora de las Infraestructuras Radioelétricas de Telecomunicación en el Ayuntamiento de Burriana.

3º Estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad recurrente contra el acuerdo del Ayuntamiento de Burriana de 3 de junio de 2004, por el que se aprobó la Ordenanza Municipal Reguladora de las Infraestructuras Radioeléctricas de Telecomunicación.

4º Anulamos los artículos 6.1c y 17.C de dicha Ordenanza.

5º No hacemos especial declaración sobre las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Mariano de Oro-Pulido y López

D. Ricardo Enríquez Sancho

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Pedro José Yagüe Gil

D. Rafael Fernández Montalvo

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

D. Segundo Menéndez Pérez

**D. Enrique Lecumberri Martí
Bordona**

D. Manuel Campos Sánchez-

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

**D. Eduardo Espín Templado
Cruzat**

D. José Manuel Bandrés Sánchez-

D. Rafael Fernández Valverde

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Emilio Frías Ponce

D. José Díaz Delgado

D. Eduardo Calvo Rojas

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. José Antonio Montero Fernández

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. Carlos Lesmes Serrano

D. José María del Riego Valledor

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Óscar González González

D. Ramón Trillo Torres

D. Vicente Conde Martín de Hijas

D. Manuel Martín Timón

D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. Santiago Martínez-Vares García

D. Juan Gonzalo Martínez Micó

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA: 12 de febrero 2013

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. SEGUNDO MENÉNDEZ PÉREZ, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de febrero

de 2013, en el recurso de casación número 4490/2007, interpuesto por la representación procesal de la mercantil VODAFONE ESPAÑA, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 25 de enero de 2007.

Debo, respetuosamente, manifestar mi discrepancia con la decisión de la Sala de declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil VODAFONE ESPAÑA, S.A., y revocar la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 25 de enero de 2007, que baso en los siguientes razonamientos jurídicos:

Primero.- A mi juicio, no procedía la estimación del único motivo de casación formulado por la defensa letrada de la mercantil recurrente, fundado al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción del artículo 149.1.21ª de la Constitución, por cuanto no considero que el pronunciamiento de la Sala de instancia, en el extremo cuestionado, que rechaza que fuere ilegal el artículo 6.1 c) de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación, Puesta en Funcionamiento y Mantenimiento de las Infraestructuras radioeléctricas de Telecomunicación en el Término Municipal de Burriana (Castellón) de 3 de junio de 2004, vulnere la competencia del Estado en materia de telecomunicaciones, ya que la restricción municipal al emplazamiento de instalaciones de estaciones base o antenas de telefonía móvil en determinadas zonas o áreas calificadas como espacios sensibles, en la medida en que no impide la prestación del servicio de comunicaciones por los operadores, no supone una invasión ilegítima de la competencia estatal en materia de ordenación, planificación, gestión y uso de las redes, instalaciones y equipos de telecomunicaciones.

En efecto, cabe poner de relieve, en primer término, que los títulos competenciales en pugna, en razón de las características y naturaleza de la actividad sometida a regulación por el Ayuntamiento de Burriana -la limitación a la instalación de antenas de telefonía móvil en determinadas zonas delimitadas como espacios sensibles-, son los títulos

competenciales enunciados en el artículo 149.1.21^a de la Constitución, en el artículo 149.1.16^a CE y en el artículo 149.1.23^a CE, que atañen, respectivamente, a la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones, en materia de bases y coordinación general de la sanidad y en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente, en relación con el ámbito competencial de los municipios para la gestión de sus respectivos intereses, garantizados por los artículos 137 y 140 CE, cuya atribución se concreta en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en referencia a las competencias en materia de ordenación urbanística, protección del medio ambiente y protección de la salubridad pública [artículo 25.2 d), f) y h) LBRL].

Al respecto, cabe significar que la regulación de las condiciones de instalación de las antenas radioeléctricas y, singularmente, de las antenas de telefonía móvil, que, en el supuesto enjuiciado en este recurso de casación, comporta la prohibición de instalaciones de esta clase de infraestructuras a una distancia mínima inferior a 100 metros de «escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos», obedece a razones de protección de la salud ambiental, por cuanto se pretende prevenir y controlar aquellos factores potencialmente perjudiciales para la salud humana, la calidad de vida y el bienestar social, derivados de una exposición prolongada a campos electromagnéticos, lo que evidencia la necesidad de interpretar los títulos competenciales enunciados específicamente en el artículo 149.1.16^a, 21^a y 23^a de la Constitución, y en el artículo 25 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, de forma integradora, sistemática y evolutiva, tal como exige el Tribunal Constitucional en sus sentencias 168/1993 y 278/1993, partiendo de la Constitución y de las normas que integran el bloque de constitucionalidad como un todo exento de contradicciones, que evite el vaciamiento de los títulos competenciales habilitadores confrontados.

En este sentido, cabe señalar que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 8/2012, de 8 de enero, ha delimitado el alcance de la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones ex artículo 149.1.21^a CE, partiendo de una concepción unitaria del fenómeno, de conformidad con su consolidada doctrina, subrayando que comprende la regulación del dominio público radioeléctrico, el régimen de

la autorización administrativa para la tenencia y uso de equipos y aparatos radioeléctricos, así como para hacer funcionar una estación o red de estaciones radioeléctricas y la fijación de las condiciones y las características técnicas de cada estación o cada tipo de equipo y aparato radioeléctricos, en los siguientes términos:

«[...] El principal motivo de inconstitucionalidad de los preceptos recurridos se refiere a la vulneración del artículo 149.1.21 CE, esto es, a la invasión de la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones y, específicamente, en materia de radiocomunicación, por lo que interesa recordar que este Tribunal, en diversas Sentencias, ha conectado la materia telecomunicaciones con los aspectos técnicos de la emisión relativos al uso de las ondas radioeléctricas o electromagnéticas, es decir, del dominio público radioeléctrico (STC 168/1993, de 27 de mayo, F. 4; 244/1993, de 15 de julio, F. 2; 127/1994, de 5 de mayo, FF. 5 y 8; y 31/2010, de 28 de junio, F. 85) y ha señalado que «es constitucionalmente legítimo que el Estado regule desde una concepción unitaria –dada la unidad intrínseca del fenómeno– la utilización del dominio público radioeléctrico, y proceda a una ordenación conjunta de todas las variantes de telecomunicación y radiocomunicación» (STC 168/1993, de 27 de mayo, F. 4) mediante «la asignación de frecuencias y potencias para cada uno de los usos, en cumplimiento de la disciplina internacional del tema, así como la previsión de otros problemas como, v. gr., puede ser la evitación de interferencias» (STC 244/1993, F. 2). También se ha entendido que cae dentro de la competencia estatal, ex artículo 149.1.21 CE: la regulación del régimen de la autorización administrativa para la tenencia y uso de equipos y aparatos radioeléctricos, así como para hacer funcionar una estación o red de estaciones radioeléctricas, con el fin de que el Gobierno pueda proceder a la asignación de frecuencias así como a fijar las condiciones y características técnicas de cada estación o de cada tipo de equipo y aparato radioeléctrico, impidiendo interferencias perjudiciales (STC 167/1993, de 7 de mayo, F. 3); la regulación del procedimiento para la autorización administrativa de la instalación y funcionamiento de las estaciones radioeléctricas receptoras de televisión transmitidos en servicio fijo por satélite y la asunción en este campo de competencias de autorización, inspección y sanción con la finalidad de evitar interferencias y homologar y normalizar los equipos e instalaciones (STC 244/1993, de 5 de julio, FF. 4, 5 y 6); y las facultades de inspección y control del cumplimiento de las condiciones técnicas de las emisoras de radio y televisión (STC 26/1982, de 24 de mayo, F. 6; y STC 108/1993, de 25 de marzo, FF. 2 y 3).

Finalmente, en la STC 31/2010, de 28 de junio, F. 85, se ha aclarado que «las infraestructuras comunes de telecomunicaciones guardan una relación más estrecha con el «régimen general de comunicaciones» que con la materia de telecomunicaciones en sentido estricto o que con la materia de medios de comunicación social» pues «en puridad, las infraestructuras de las telecomunicaciones ni constituyen un elemento propio del espectro radioeléctrico ni son elemento

vinculado a la protección del derecho fundamental previsto en el art. 20 CE». Las infraestructuras «se inscriben con naturalidad en el señalado "régimen general de comunicaciones" en cuanto aseguran la efectividad de las comunicaciones en todo el territorio nacional y con ello la virtualidad de las competencias estatales afectadas (art. 149.1.21 y 149.1.27)» (STC 31/2010, F. 85). Por ello, es preciso tener en cuenta que «esta competencia de régimen atribuida al Estado comprende, desde luego, la totalidad de las competencias normativas sobre la misma (SSTC 84/1982, F. 4; y 38/1983, F. 3); pero implica también un plus», ya que «puede comportar la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario» (STC 195/1996, de 28 de noviembre, F. 6)» (nuevamente, STC 31/2010, F. 85).» .

Singularmente, en relación con la imposición a los operadores de telecomunicaciones de la obligación de mantener sus instalaciones radioeléctricas en forma adecuada para asegurar la reducción de los niveles de emisión radioeléctrica, el Tribunal Constitucional delimita la competencia del Estado en materia de telecomunicaciones, que debe coherencia con la competencia para establecer las bases en materia de sanidad ex artículo 149.1.16ª CE, que considera prevalente, y que no excluye, en este preciso ámbito regulatorio, el ejercicio de competencias normativas y ejecutivas por las Comunidades Autónomas:

«[...] En virtud de sus competencias en materia de telecomunicaciones (art. 149.1.21 CE), corresponde al Estado la administración, gestión, planificación y control del espectro radioeléctrico, lo que incluye el establecimiento de las condiciones para el uso del mismo, así como funciones de inspección y comprobación técnica. En este sentido, interesa ahora destacar que el artículo 50 de la Ley general de telecomunicaciones de 2003 dispone que será competencia del Ministerio de Ciencia y Tecnología la inspección de los servicios y de las redes de telecomunicaciones, de sus condiciones de prestación, de los equipos, de los aparatos, de las instalaciones y de los servicios civiles, que contará con un servicio central de inspección técnica de telecomunicaciones (art. 50.2 de la Ley general de telecomunicaciones de 2003).

Las obligaciones que la legislación castellano-manchega establece respecto del mantenimiento de las instalaciones en condiciones de seguridad, estabilidad y conservación, así como correlativamente, de revisión y subsanación de deficiencias, no han de entenderse referidas a aspectos relativos a la utilización del espectro radioeléctrico, al cumplimiento de las condiciones técnicas o a las características de las emisiones, aspectos todos ellos de competencia estatal, que la Ley castellano-manchega no aborda y en los cuales no pretende interferir. No debe olvidarse que esta Ley regula las infraestructuras e instalaciones de telecomunicaciones con la finalidad de preservar los intereses

públicos que están encomendados a la Comunidad Autónoma y, singularmente, los intereses de ordenación territorial y urbana, el medio ambiente, el paisaje y la salud y la seguridad públicas.

La imposición a los operadores de las obligaciones genéricas de mantenimiento de sus instalaciones en condiciones adecuadas de seguridad, estabilidad y conservación, así como de revisión periódica y subsanación de las deficiencias de conservación entra dentro de las competencias autonómicas en materia de urbanismo (art. 148.1.3 CE; art. 31.1.2 EACM), siendo esta previsión una regulación especial, en atención a las características de las instalaciones de telecomunicaciones, de la regulación urbanística clásica del deber general de los propietarios de conservar y mantener sus construcciones e instalaciones en condiciones adecuadas.

Más problemática es la obligación que se impone a los operadores de incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes y a minimizar el impacto ambiental y visual de acuerdo con los fines de la Ley autonómica.

Esta regulación tiene dos finalidades distintas: la reducción de los niveles de emisión de los sistemas radiantes con la finalidad de proteger la salud y la minimización del impacto ambiental y visual. Son, por tanto, las competencias de sanidad (art. 32.3 EACM), protección medioambiental (art. 32.7 EACM) y urbanismo (art. 31.1.2 EACM), las que pueden ofrecer cobertura a la misma. En materia de urbanismo, las Comunidades Autónomas tienen competencias exclusivas (art. 148.1.3 CE), mientras que, en relación con la protección general del medio ambiente, ciertamente, las Comunidades Autónomas tienen competencias no sólo de desarrollo de la legislación básica medioambiental, sino también para dictar normas adicionales de protección (art. 149.1.23 CE). En el ámbito sanitario, la competencia es igualmente compartida, correspondiendo al Estado el establecimiento de la legislación básica (art. 149.1.16 CE).

En ejercicio de sus competencias en materia de telecomunicaciones pero también de sanidad, y más concretamente en desarrollo tanto de la Ley general de telecomunicaciones de 1998, como de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, el Estado ha dictado el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas. En su artículo 44.1, la Ley general de telecomunicaciones de 2003 dispone que, por vía reglamentaria, se regulará, entre otros aspectos «el procedimiento de determinación, control e inspección de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable y que no supongan un peligro para la salud pública, en concordancia con lo dispuesto por las recomendaciones de la Comisión Europea» debiendo tales límites «ser respetados, en todo caso, por el resto de las Administraciones públicas, tanto autonómicas como locales». Y en el artículo 1 del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, se afirma que su objeto es «el desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de

abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al establecimiento de condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, a la autorización, planificación e inspección de instalaciones radioeléctricas en relación con los límites de exposición a las emisiones, la evaluación de equipos y aparatos y el régimen sancionador aplicable», así como también el de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, «en relación con el establecimiento de límites de exposición para la protección sanitaria y la evaluación de riesgos por emisiones radioeléctricas».

A esos efectos, en el artículo 6 del Real Decreto 1066/2001 se regulan los límites de exposición a las emisiones radioeléctricas fijándose las restricciones básicas y los niveles de referencia, estableciéndose que «con el fin de garantizar una adecuada protección de la salud del público en general, se aplicarán los límites de exposición que figuran en el anexo II» y que éstos «se cumplirán en las zonas en las que puedan permanecer habitualmente las personas y en la exposición a las emisiones de los equipos terminales, sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones específicas en el ámbito laboral». Y a continuación, en el artículo 7 del citado Real Decreto, dictado también en desarrollo de la Ley general de sanidad según se dice en la exposición de motivos, se establece que el Ministerio de Sanidad y Consumo, en coordinación con las Comunidades Autónomas y con el Ministerio de Ciencia y Tecnología, evaluará los riesgos sanitarios potenciales de la exposición al público en general a las emisiones radioeléctricas y desarrollará los criterios sanitarios destinados a evaluar las fuentes y prácticas que puedan dar lugar a la exposición a este tipo de emisiones con el fin de aplicar medidas para controlar, reducir o evitar esta exposición. Es más, se establece también que el Ministerio de Sanidad y Consumo adaptará al progreso científico el anexo II, teniendo en cuenta el principio de precaución y las evaluaciones realizadas por las organizaciones nacionales e internacionales competentes.

Por su parte, el artículo 8 del Real Decreto 1066/2001, dictado en desarrollo de la Ley general de telecomunicaciones, regula los requisitos para la autorización de estaciones radioeléctricas previendo que los operadores deberán presentar un estudio técnico competente que indique los niveles de exposición radioeléctrica en áreas cercanas a sus instalaciones radioeléctricas fijas en las que puedan permanecer habitualmente personas, que deberán cumplir los límites establecidos en el anexo II de este reglamento. Y el artículo 9 contempla obligaciones de los operadores de certificación del cumplimiento de los límites de exposición establecidos en el anexo II, así como inspecciones técnicas estatales, disponiendo que se dará información sobre el resultado, tanto de las certificaciones como de las inspecciones, a las Comunidades Autónomas cuando así lo soliciten.

En definitiva, el Estado en ejercicio de sus competencias en materia de sanidad y telecomunicaciones, está configurando un procedimiento para la determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable, para su actualización conforme al progreso científico, así como para el control del cumplimiento por los operadores de estos niveles de emisión a través de un sistema de autorización, seguimiento, inspección y control, en el que se entrelazan aspectos sanitarios y aspectos de telecomunicaciones.

Y correlativamente está regulando las condiciones y obligaciones que corresponden a los operadores de telecomunicaciones. Así lo evidencia el que precisamente en el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios, dictado al amparo del título competencial de telecomunicaciones (disposición final sexta), se establezca entre las condiciones exigibles a los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas [art. 18 e)] la de «respetar las limitaciones establecidas en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y en su normativa de desarrollo en relación con las emisiones radioeléctricas y la exposición al público a campos electromagnéticos».

De acuerdo con lo que se deduce de la propia regulación estatal, la determinación por el Estado de los niveles tolerables de emisión no se basa en la competencia de telecomunicaciones, sino en la competencia para establecer las bases en materia de sanidad ex art. 149.1.16 CE. Es preciso, por tanto, afirmar que la norma que establece los niveles de emisión y que sirve de canon de constitucionalidad del precepto autonómico, satisface los requisitos, tanto de orden material como formal, que han de reunir las normas básicas, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal (entre otras, SSTC 69/1988, de 19 de abril, F. 5; 109/2003, de 5 de junio, F. 4; 88/2010, de 15 de noviembre, F. 4; y 148/2011, de 28 de septiembre, F. 6). Desde una perspectiva formal, cumple con las exigencias constitucionales porque este Tribunal ha aceptado que las normas básicas sean de rango reglamentario siempre que tengan una conexión clara con una norma legal –como hemos visto que, efectivamente, ocurre en este caso– y que la remisión a la norma reglamentaria se justifique por la naturaleza de la materia; justificación que, en el supuesto que ahora nos ocupa, deriva del carácter marcadamente técnico de la regulación (por todas, STC 148/2011, de 28 de septiembre, F. 6). Desde una perspectiva material, el precepto también tiene carácter básico –calificación que corresponde a este Tribunal en control de la definición realizada por el legislador o el Gobierno estatal– pues establece unos estándares que garantizan en todo el territorio del Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir de los cuales cada Comunidad Autónoma puede, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto (por todas, SSTC 69/1988, de 19 de abril, F. 5). En efecto, la regulación de los niveles de emisión persigue una uniformidad que responde a un claro interés general no sólo porque los niveles tolerables para la salud han de serlo para todos los ciudadanos por igual, sino también porque los mismos operan como un presupuesto del ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y, concretamente, del ejercicio de las facultades de autorización, seguimiento e inspección de las instalaciones radioeléctricas. Es más, correlativamente, esos niveles de emisión fijados por el Estado funcionan, también, como un elemento determinante del régimen jurídico de los operadores de instalaciones de radiocomunicación, así como de la funcionalidad del mercado de las telecomunicaciones, asegurando

su unidad. En definitiva, a través del Real Decreto 1066/2001, el Estado ha establecido una regulación que ofrece, para todo el ámbito nacional, una solución de equilibrio entre la preservación de la protección de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones.

Constatado el carácter básico de la regulación estatal de los niveles tolerables de emisión, es preciso concluir que las Comunidades Autónomas no pueden alterar esos estándares, ni imponer a los operadores una obligación de incorporar nuevas tecnologías para lograr una minimización de las emisiones, no sólo porque ello resulte contrario a las bases establecidas por el Estado en materia sanitaria, sino también porque de esa forma se vulnerarían, en último término, las competencias legítimas del Estado en materia de telecomunicaciones. Procede, pues, declarar la inconstitucionalidad del inciso del artículo 7 de la Ley castellano-manchega en el que se obliga a los operadores a «incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes».

[...] Resuelto el problema que plantea la obligación de incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes, procede ahora analizar la constitucionalidad de la obligación que impone también el artículo 7 de la Ley Castellano-Manchega 8/2001 de incorporar esas mejoras con la finalidad de minimizar el impacto ambiental y visual de acuerdo con los fines de la Ley autonómica.

Esta previsión tiene por finalidad preservar intereses públicos medioambientales y urbanísticos, por lo que, efectivamente, la cuestión es si puede encontrar cobertura en las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma en materia de urbanismo, así como en sus competencias para establecer legislación de desarrollo y normas adicionales de protección en materia de medio ambiente. O si, por el contrario, tal regulación invade las competencias estatales en materia de telecomunicaciones.

A efectos de resolver esta cuestión, es preciso tener en cuenta que hemos dicho que el título competencial en materia de telecomunicaciones permite al Estado regular los aspectos técnicos de la emisión relativos al uso del dominio público radioeléctrico (SSTC 168/1993, F. 4; 244/1993, F. 2; 127/1994, FF. 5 y 8; y 31/2010, F. 85), así como el régimen de títulos habilitantes para su utilización y para el funcionamiento de las redes o estaciones radioeléctricas (SSTC 167/1993, F. 3, y 244/1993, FF. 4, 5 y 6). A lo que debe ahora añadirse que dicho título, más allá de estas cuestiones específicas, permite al Estado la regulación del sector de las telecomunicaciones –sin perjuicio de las competencias autonómicas sobre medios de comunicación social–, así como las condiciones de prestación del servicio y de explotación de las redes, y el régimen jurídico de los operadores.

La Ley general de telecomunicaciones de 2003 enuncia entre sus objetivos y principios el fomento del uso de normas y especificaciones técnicas en los acuerdos de acceso e interconexión (art. 15) y, además, la evaluación de conformidad o

certificación voluntaria de los aparatos de telecomunicaciones (art. 40), pero más allá de estas previsiones consagra el principio de neutralidad tecnológica [art. 3 f)], de acuerdo con el cual, en un contexto de libre mercado y competencia, es a los operadores a quienes corresponde la elección de la tecnología que estimen más acorde a sus intereses. En la misma idea insiste el Real Decreto 863/2008, de 23 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley general de telecomunicaciones de 2003 en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, pues en su artículo 2 enuncia, como objetivo y principio de la regulación, «fomentar la neutralidad tecnológica y de los servicios como elementos flexibilizadores en el uso eficiente del dominio público radioeléctrico».

Por otra parte, el art. 44.1 c) de la Ley general de telecomunicaciones de 2003 dispone que por vía reglamentaria se regularán «los procedimientos de otorgamiento de derechos de uso del dominio público radioeléctrico» y que tales procedimientos «tendrán en cuenta, entre otras circunstancias, la tecnología utilizada». Estos procedimientos han sido establecidos en el Real Decreto 863/2008, relativo al uso del dominio público radioeléctrico. En el mismo se establece, que cuando el uso del dominio público radioeléctrico requiera concesión –que será en la mayor parte de los casos, pues el uso especial tiene un carácter residual– la obtención del título habilitante exige la presentación previa de una documentación que ha de ir acompañada de la correspondiente propuesta técnica (art. 20 del Real Decreto 863/2008). En esta propuesta técnica se describe la solución técnica adoptada en función de las necesidades de radiocomunicaciones planteadas y se especifican las características técnicas de la red que se pretende instalar [art. 20.1 b)]. En caso de que sea preciso para garantizar una gestión eficaz y eficiente del dominio público radioeléctrico, la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones puede modificar las características técnicas solicitadas en cuyo caso la validez del título se condiciona a la aceptación del solicitante (art. 20.3). La agencia puede, además, durante la vigencia del título habilitante original, modificar las características técnicas cuando ello sea preciso para su adecuación al cuadro nacional de atribución de frecuencias, por obligaciones de uso eficaz y eficiente del dominio público radioeléctrico o por obligaciones derivadas del cumplimiento de la normativa internacional o comunitaria (art. 25.1 del Real Decreto 863/2008). La utilización del dominio público radioeléctrico exige la inspección o reconocimiento de las instalaciones con el fin de comprobar que se ajustan a las condiciones previamente autorizadas (art. 19 del Real Decreto 863/2008), correspondiendo a la agencia expedir la autorización de puesta en funcionamiento de la red o inicio de la prestación efectiva del servicio.

Por otra parte, el régimen de condiciones y obligaciones que los operadores han de cumplir para la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se establece en el Real Decreto 424/2005, de servicios de comunicaciones electrónicas, refiriéndose una de esas condiciones al respeto de la normativa urbanística, medioambiental y de salud pública en relación con el ejercicio del derecho de ocupación del dominio público y de la propiedad

privada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 28 de la Ley general de telecomunicaciones de 2003.

La obligación de actualización tecnológica para minimizar el impacto ambiental y visual de las instalaciones que impone la legislación castellano-manchega ha de interpretarse de conformidad con la legislación estatal de telecomunicaciones. Por tanto, por un lado, hay que entender que la obligación que se impone a los operadores de incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo queda circunscrita a aquellos supuestos en los que, estando justificado en aras de la protección medioambiental o urbanística, el uso de una nueva tecnología no afecte, incida o altere las características técnicas de la red, las condiciones de prestación del servicio y de explotación de la red, ni modifique las condiciones de gestión del espacio radioeléctrico, pues, en caso contrario, se estaría invadiendo la competencia estatal en materia de telecomunicaciones. Y, por otro lado, hay que tener en cuenta que la obligación de actualización puede entrar en colisión con el derecho de ocupación que le reconoce la legislación estatal.

Ciertamente, las Comunidades Autónomas pueden imponer límites al derecho de ocupación del dominio público y de la propiedad privada que los operadores tienen reconocido en la legislación estatal de telecomunicaciones, siempre que sea necesario para preservar los intereses públicos que tienen encomendados, entre ellos los medioambientales, paisajísticos y urbanísticos. De hecho, el sometimiento de los operadores a las normas sobre protección medio ambiental y urbanismo se reconoce en el artículo 28 de la Ley general de telecomunicaciones de 2003 cuando se afirma que en la autorización de ocupación del dominio público y de la propiedad privada para la instalación de redes de comunicaciones electrónicas es de aplicación la normativa específica dictada por las Administraciones públicas con competencias sectoriales, entre ellas en materia de medio ambiente y ordenación urbana. Y, en la misma línea, el Real Decreto 424/2005 antes citado, recoge entre las condiciones exigibles a los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas, el respeto a «las normas y resoluciones aprobadas por las autoridades competentes en materia de urbanismo, de medio ambiente y ordenación del territorio, salud pública, seguridad pública, defensa nacional y tributación por ocupación del dominio público, conforme al artículo 28 de la Ley 32/2003» [art. 18 b)]. Este artículo 28 de la Ley general de telecomunicaciones de 2003 remite, no obstante, al artículo 29 de esta misma Ley que sujeta al principio de proporcionalidad las previsiones en la normativa sectorial de condiciones o limitaciones al ejercicio del derecho de ocupación; proporcionalidad que deberá valorarse en función del concreto interés público que se trate, en cada caso, de salvaguardar.

Se impone, por tanto, una interpretación del primer apartado del artículo 7 de la Ley castellano-manchega impugnada acorde con la legislación estatal de telecomunicaciones, conforme a la cual este artículo lo que establece es una obligación de actualización tecnológica debidamente justificada en aras de la protección de intereses ambientales o urbanísticos y siempre que ello sea acorde con el principio de proporcionalidad y no se incida

en las competencias del Estado, perturbándolas o menoscabándolas, esto es, siempre que no se incida o se alteren las competencias estatales sobre las características técnicas de la red y las condiciones de prestación del servicio, de gestión del espacio radioeléctrico o de explotación de la red. Ello implica, naturalmente, la instrumentación de medidas de cooperación entre el Estado y la Comunidad Autónoma, que a este Tribunal no le corresponde determinar, de modo que la actualización tecnológica que prevé el precepto debe ser conocida previamente por el Estado a fin de que pueda expresar su criterio sobre la afectación que dicha actualización pueda tener sobre sus propias competencias. Así interpretado el precepto no invade las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y, en consecuencia, puede considerarse constitucional, por lo que esta interpretación de conformidad del precepto se llevará al fallo.

El alcance del apartado segundo y tercero del artículo 7 – que impone obligaciones de revisión anual y de subsanación de deficiencias– debe, por su parte, interpretarse a la luz de lo que acaba de indicarse. Partiendo de que no existen motivos para considerar desproporcionado el sometimiento de las instalaciones a revisión con una periodicidad anual, ha de entenderse que esta revisión se circunscribe a los aspectos de estricta competencia autonómica en los términos ya señalados, sin que pueda extenderse a aquellos otros aspectos que son de competencia estatal. Esta interpretación de conformidad con la Constitución de los apartados segundo y tercero del artículo 7 se llevará al fallo.» .

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, sostengo que los Ayuntamientos pueden acordar medidas adicionales de protección, relativas a prevenir el riesgo de exposición prolongada a los campos electromagnéticos procedentes de instalaciones de antenas de telefonía móvil mediante el establecimiento de distancias de seguridad frente a zonas sensibles -colegios, hospitales, parques y jardines públicos-, en virtud de los títulos competenciales en materia de ordenación urbanística, protección del medio ambiente y protección de la salubridad pública, enunciados en el artículo 25.2 d), f) y h) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la medida que cabe entender que las prescripciones contenidas en los artículos 6 y 7 del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, no tienen la vocación de agotar la ordenación regulatoria de las políticas públicas relativas a las medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, por cuanto se dictan al amparo del

artículo 149.1.16ª de la Constitución, según advierte la disposición final segunda de la referida norma reglamentaria.

Por ello, considero que la regulación del régimen de distancias establecido en el artículo 6.1 c) de la Ordenanza Municipal reguladora de las Infraestructuras Radioeléctricas de Telecomunicaciones, aprobada por el Ayuntamiento de Burriana el 3 de junio de 2004, no menoscaba ni perturba ni cercena la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones ex artículo 149.1.21ª CE, por cuanto no cabe una interpretación exorbitante de esta competencia, desvinculada de la naturaleza de la actividad regulada, que vacíe de contenido la competencia municipal en materia de salud ambiental, ya que sería contraria al principio de autonomía local y, por ende, al principio de subsidiariedad, consagrados en los artículos 137 y 140 de la Constitución.

Segundo.- También procedía rechazar el extremo del motivo de casación en que se censura la decisión de la Sala de instancia por infringir la legislación estatal en materia de telecomunicaciones y, singularmente, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por cuanto se sustenta en el argumento de que la regulación contenida en el artículo 6 de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación, Puesta en Funcionamiento y Mantenimiento de las Infraestructuras radioeléctricas de Telecomunicación en el Término Municipal de Burriana (Castellón) de 3 de junio de 2004, supone introducir «un límite con carácter absoluto» a la prestación del sistema de telefonía móvil, al prohibir la instalación de estaciones bases y antenas en las zonas definidas como espacios sensibles, que no resulta convincente, pues apreciamos, conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 17 de noviembre de 2009 (5583/2007), que dicha restricción no se revela desproporcionada.

En este sentido, estimo que la regulación contenida en el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, que tiene el

carácter de norma básica, no puede considerarse, sin embargo, que tenga una vocación de «exclusividad» o «exhaustividad», que comporte un límite infranqueable al ejercicio de las competencias municipales en materia de protección de la salud ambiental, que produjera el efecto de desapoderar de forma absoluta a los Ayuntamientos para adoptar aquellas medidas específicas y adicionales de protección frente a los riesgos derivados de la exposición a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas

Al respecto, cabe poner de relieve que la Recomendación del Consejo Europeo de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos, delimita el marco de actuación de la Unión Europea y de los Estados miembros en el ámbito de protección de la salud, en relación con la exposición del público en general a los campos electromagnéticos, con base en el principio de subsidiariedad y en el principio de proporcionalidad, con el objetivo de lograr un elevado estándar o nivel de protección adecuado para aquellos ciudadanos que estén expuestos de forma más intensa a los campos electromagnéticos, en los siguientes términos:

«[...] (4) Es absolutamente necesaria la protección de los ciudadanos de la Comunidad contra los efectos nocivos para la salud que se sabe pueden resultar de la exposición a campos electromagnéticos;

(5) Las medidas en relación con los campos electromagnéticos deberán proporcionar un elevado nivel de protección a todos los ciudadanos de la Comunidad; las disposiciones de los Estados miembros en este ámbito deberán basarse en un marco establecido de común acuerdo que contribuya a garantizar la uniformidad de la protección en toda la Comunidad;

(6) De conformidad con el principio de subsidiariedad, cualquier nueva medida emprendida en un ámbito que no sea competencia exclusiva de la Comunidad, como es la protección de los ciudadanos contra la radiación no ionizante, sólo puede ser adoptada por la Comunidad si, a la vista de la escala o de los efectos de la acción propuesta, la Comunidad puede alcanzar los objetivos propuestos mejor que los Estados miembros;

(7) Las acciones sobre la limitación de la exposición del público en general a los campos electromagnéticos deberían guardar proporción con otros aspectos de la calidad de vida en relación con servicios en que se recurre a los campos electromagnéticos, en sectores como las telecomunicaciones, la energía y la seguridad pública;

(8) Es necesario establecer un marco comunitario para la exposición a los campos electromagnéticos con objeto de proteger

a los ciudadanos por medio de recomendaciones dirigidas a los Estados miembros;

(9) La presente Recomendación tiene como objetivo proteger la salud de los ciudadanos y, por lo tanto, se aplica en especial a las zonas pertinentes en las que los ciudadanos pasan un lapso de tiempo significativo en relación con los efectos cubiertos por la presente Recomendación;

[...]

(13) La observancia de las restricciones y niveles de referencia recomendados debería proporcionar un elevado nivel de protección contra los efectos nocivos para la salud que pueden resultar de la exposición a campos electromagnéticos pero tal observancia puede no impedir necesariamente que se produzcan problemas de interferencia u otros efectos sobre el funcionamiento de productos sanitarios tales como prótesis metálicas, marcapasos y desfibriladores cardíacos e injertos cocleares y otros injertos; la interferencia con marcapasos puede ocurrir a niveles inferiores a los niveles de referencia recomendados y debería por ello someterse a las precauciones adecuadas que, sin embargo, están fuera del ámbito de la presente Recomendación y se tratan en el contexto de la legislación sobre compatibilidad electromagnética y productos sanitarios;

(14) De conformidad con el principio de proporcionalidad, la presente Recomendación establece principios generales y métodos de protección del público, pero que es competencia de los Estados miembros el establecimiento de normas detalladas respecto de las fuentes y prácticas que pueden dar lugar a exposición a campos magnéticos y la clasificación de las condiciones de exposición de los individuos en profesionales o no profesionales, teniendo en cuenta y respetando las normas comunitarias en relación con la salud y la seguridad de los trabajadores.» .

Madrid, a 12 de febrero de 2013.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Ricardo Enriquez Sancho, todo lo cual yo el Secretario, certifico.