

...sobre la sentencia de anulación parcial del Decreto catalán 148/2001, de 29 de mayo, de ordenación ambiental de las estaciones de telefonía móvil

Ricardo de Ángel Yáguez

16 de mayo de 2011

- **Introducción**

Tras la lectura de la sentencia de 22 de marzo de 2011, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, recaída en el recurso de casación 1845/2006, se puede concluir que se trata de una resolución admirable e incluso modélica, porque aborda de forma clara y precisa el problema de la posible (más aún, frecuente) coincidencia, que acaba en confrontación, de las regulaciones administrativas (de Comunidades Autónomas o de Ayuntamientos) sobre instalaciones radioeléctricas de alta frecuencia. Me refiero a la coincidencia, o confrontación, entre la competencia estatal en materia de telecomunicaciones y las competencias de Comunidades Autónomas o de Ayuntamientos en materias como el urbanismo, el medio ambiente y la sanidad.

La sentencia, aunque cita otras recientes en las que la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones es paladinamente reconocida, tiene la virtud, a mi juicio, de que afronta de forma muy precisa y directa la posible "colisión" entre esa competencia estatal y las de otras Administraciones en materias diferentes.

Por otro lado, la sentencia tiene buen cuidado de señalar (y justificar) que su criterio no ignora que algunas sentencias recientes de la propia Sala Tercera, sobre todo a partir de la de 17 de noviembre de 2009, han enfatizado el valor de las competencias autonómicas y municipales sobre urbanismo y ordenación del territorio, sanidad y ambiente. Es decir, la resolución que nos ocupa, a diferencia de lo que ocurre alguna vez en la jurisprudencia, no se desentiende de sentencias de signo distinto (o aparentemente distinto) dictadas con anterioridad.

Procede recordar que la sentencia de 17 de noviembre de 2009 fue objeto de consideración en mi reciente aportación para el último Informe de CCARS, como muestra del "contraste" que en aquel trabajo intenté denunciar o poner de manifiesto.

- **Consideraciones previas**

La sentencia actual recayó en el recurso contencioso-administrativo que RETEVISIÓN MÓVIL S.A. había interpuesto contra el Decreto de la Generalidad de Cataluña de 29 de mayo de 2001, de *"ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación"*.

La recurrente había solicitado la declaración de nulidad de todo el Decreto impugnado, aunque con una pretensión subsidiaria que afectaba sólo a ciertos preceptos del Decreto.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por sentencia de 15 de diciembre de 2005, desestimó íntegramente el recurso de RETEVISIÓN MÓVIL S.A.

Interpuesto recurso de casación, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en esta sentencia, estima parcialmente el recurso de casación y declara la nulidad de pleno derecho de los artículos 5, 6.2.a), 14.2, disposición transitoria segunda y Anexos 1, 2, 3 y 4 del Decreto en cuestión.

Hago notar que, según dice el encabezamiento del fallo de la sentencia (página 60 de su texto original), en ella se estiman los dos motivos de casación alegados por RETEVISIÓN MÓVIL S.A., añadiendo la resolución que la estimación del motivo segundo es *"en los términos y con el alcance expresados"* en la propia sentencia, esto es, en sus fundamentos de Derecho.

Si hago esta observación es porque la salvedad del fallo sobre la estimación del motivo segundo (que es una especie de *"reserva"*) no afecta, como es obvio, al motivo primero. Y me parece incuestionable que es al desarrollar ese motivo primero donde la Sala expresa la doctrina de más interés a efectos del verdadero núcleo del problema.

- **Antecedentes de hecho**

Los antecedentes segundo a décimo, páginas 2 a 16, resumen la forma en que la sentencia recurrida había planteado la controversia y los argumentos por los que resolvió en la forma en que lo hizo.

Advirtiendo, desde luego, que el Decreto impugnado se centra en instalaciones de sistemas de transmisión de voz y datos con antenas radiantes susceptibles de generar campos electromagnéticos en un intervalo de frecuencia de 10 Mhz a 300 Ghz, en los referidos antecedentes de hecho la resolución hace un infrecuente desarrollo de cómo había contemplado la resolución recurrida los argumentos de las partes y de con qué argumentos se había decantado por la desestimación del recurso.

Los antecedentes de hecho decimotercero y decimocuarto, páginas 17 a 24, hacen un también inusual desarrollo de la argumentación mantenida por RETEVISIÓN MÓVIL S.A. en su recurso de casación. Al igual que sucede en el caso del antecedente de hecho decimoquinto, páginas 24 a 28, donde se sintetizan los alegatos de la Administración demandada contra los del recurso de RETEVISIÓN MÓVIL S.A.

Creo que procede resaltar que, tanto la síntesis de la sentencia recurrida (con las alegaciones de las partes ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), como el resumen de lo alegado por RETEVISIÓN MÓVIL S.A. en su recurso de casación, llevan a la conclusión de que la Sala Tercera del Tribunal Supremo recogió todo lo sustancial del debate. Y digo esto porque la argumentación contenida en los fundamentos de Derecho de la resolución no se ahorra el esfuerzo de reproducir allí, aunque más brevemente, los extremos jurídicos a los que la controversia se refirió.

Así, dentro ya de los fundamentos jurídicos de la resolución, el segundo, páginas 28 a 32, resume la posición de la empresa recurrente, sustancialmente consistente en haberse dictado el Decreto por una Administración incompetente *ratione materiae* y por incompatibilidad con la normativa aprobada por la Administración estatal, en falta de motivación y de justificación (arbitrariedad) de los concretos niveles de emisión y de las distancias de protección fijados en los Anexos 1 y 2 del Decreto y en la indefinición de los criterios de ordenación previstos para la determinación de los emplazamientos de las instalaciones de telecomunicación, con la consiguiente generación de inseguridad jurídica. En el mismo fundamento jurídico segundo, el Tribunal extrae las conclusiones más relevantes de la prueba pericial practicada, que había corrido a cargo de un ingeniero superior de telecomunicaciones designado por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

- **Fundamentos jurídicos de la decisión**

a) A partir del fundamento jurídico quinto, hasta el duodécimo, páginas 34 a 52, la sentencia examina y resuelve sobre el primer motivo de casación de RETEVISIÓN MÓVIL S.A., fundado en el artículo 149.1.21º de la Constitución y en varios preceptos de la Ley de 24 de abril de 1998, General de Telecomunicaciones (la aplicable al caso por razón de la fecha en la que la demanda había sido interpuesta).

Es de interés reproducir la forma en la que la sentencia sintetiza ese primer motivo de casación. Dice al respecto:

"Se insiste en él en la falta de competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña para regular la materia propia de las telecomunicaciones, en la que, a su entender, se incluyen las cuestiones relativas a límites de emisión, potencia y medidas de seguridad de las estaciones de telefonía móvil, por lo que el motivo de casación se dirige frente a los artículos 5, 14.2 y Disposición transitoria segunda del Decreto 148/2001 en cuestión, ya que en el artículo 5 se establecen, por remisión a los Anexos 1 y 2 del mismo Decreto, los límites máximos permitidos de exposición de las personas a los campos electromagnéticos producidos por las instalaciones radioeléctricas y las distancias mínimas de éstas con respecto a las zonas abiertas de uso continuado por las personas, y en el artículo 14.2 se exige justificar el cumplimiento de las antedichas limitaciones, para, finalmente, en la Disposición transitoria segunda obligar a adaptar a dicha normativa las instalaciones preexistentes en el plazo máximo de seis meses".

Esto lleva a la sentencia a decir, en el párrafo primero del fundamento jurídico sexto, página 36, que *"lo que constituye el núcleo de la argumentación desplegada por la recurrente (es) la alegada falta de competencia de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña para regular cuestiones técnicas relativas a la ordenación de las comunicaciones por telefonía móvil".*

Esa definición de la cuestión nuclear discutida se pone en relación, por la sentencia, con lo que las partes habían alegado en relación con las competencias concurrentes o confrontadas. Me refiero al hecho de que, por un lado, había extremos relacionados con la regulación de las telecomunicaciones, mientras que otros lo estaban con competencias urbanísticas o medioambientales.

Al respecto, la resolución resume también las posiciones dialécticas de las partes, diciendo:

"Ambas partes, por tanto, coinciden en reconocer la competencia autonómica en materia de urbanismo y ordenación del territorio, ambiente y sanidad, del mismo modo que tampoco discuten la competencia estatal en materia de regulación de las telecomunicaciones. La divergencia reside, únicamente, en que la recurrente considera que bajo la cobertura formal de esas competencias autonómicas se ha procedido en realidad a regular aspectos técnicos de las comunicaciones, que son de exclusiva competencia estatal, mientras que la recurrida defiende lo contrario, es decir, que en ningún momento se ha abordado la regulación de cuestiones propiamente técnicas atinentes a la ordenación de las telecomunicaciones, sino que la normativa cuestionada se despliega en todo momento en los límites de la ordenación urbanística, ambiental y sanitaria".

b) Acto seguido, la sentencia invoca el que había de ser argumento determinante de su *ratio decidendi*. Es decir, el artículo 149.1.21º de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre el régimen general de las comunicaciones y sobre la materia de telecomunicaciones, soporte de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. Y en cumplimiento de esta Ley se dictó, en primer lugar, el Real Decreto de 28 de julio de 2000, de desarrollo de la estructura orgánica del entonces Ministerio de Ciencia y Tecnología, y en segundo lugar, el Real Decreto de 28 de setiembre de 2001, de aprobación del Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a las emisiones radioeléctricas. La sentencia señala que en este último Real Decreto se fijaron unos límites de exposición basados en recomendaciones del Consejo de la Unión Europea.

Al referirse la sentencia a la Ley General de Telecomunicaciones de 1998, que era la aplicable al caso, la resolución se cuida de advertir que la atribución de competencia a la Administración del Estado se reiteró en la vigente Ley, de 3 de noviembre de 2003.

c) A continuación, en el párrafo quinto del fundamento jurídico séptimo (página 39), la resolución sienta la cuestión que, a mi juicio, es la determinante del fallo y, también a mi entender, constituye el gran mérito -en lo técnico-jurídico- de la resolución. Es decir, la forma de resolver la "colisión" entre las normas sobre regulación de las telecomunicaciones y las relativas a urbanismo, ordenación del territorio y sanidad.

A tal efecto, la Sala no se desentiende de lo que habían resuelto sentencias anteriores de la misma Sala en relación con regulaciones autonómicas o municipales como la discutida en este caso. Dice a tal fin:

"La jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo no ha dejado de llamar la atención sobre la operatividad de la atribución competencial en virtud de la cual se aprobaron esas normas, pues, aun cuando son numerosas las sentencias que han confirmado la legalidad de diferentes regulaciones autonómicas o municipales de esta índole, el razonamiento que ha conducido a tal conclusión siempre ha partido de una contemplación casuística y circunstanciada de cada asunto, asentada sobre la distinción dialéctica entre lo que son cuestiones predominantemente atinentes al urbanismo/ordenación del territorio y sanidad/medio ambiente, aptas para su regulación por Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, frente a las materias básicamente técnicas, que como tales encajan en la competencia estatal consagrada en el precitado artículo 149.1.21 de la Constitución".

La resolución ilustra esta afirmación con la cita de pasajes de varias sentencias que habían declarado o confirmado la nulidad de ordenanzas municipales por regular *cuestiones técnicas* por encima o más allá de lo exigido por los aspectos urbanísticos y ambientales propiamente locales: sentencias de 28 de marzo de 2006, 11 de octubre de 2006, 23 de octubre de 2006, 24 de octubre de 2006, 10 de enero de 2007 y 27 de diciembre de 2007.

Siguiendo ese discurso basado en "*precedentes*", la Sala no se desentiende de lo que algunas recientes sentencias de la propia Sala habían declarado en casos aparentemente similares al de este litigio. Dice al respecto:

"No ignoramos que algunas sentencias más recientes de esta Sala (Sección Cuarta), sobre todo a partir de la de 17 de noviembre de 2009 (recurso de casación 5583/2007), han enfatizado el valor de las competencias autonómicas y municipales sobre urbanismo y ordenación del territorio, sanidad y ambiente. Ahora bien, aun siendo ese el sentido final de lo resuelto por la Sala en dichas sentencias en atención a las concretas circunstancias de cada litigio, en ningún momento se ha discutido en ellas el punto de partida que venimos destacando acerca de la exclusividad de la competencia estatal en lo concerniente a la ordenación de las telecomunicaciones stricto sensu, ex artículo 149.1.21 de la Constitución".

d) Es en el fundamento jurídico octavo, páginas 43 y 44, donde a mi juicio se encuentra la *ratio decidendi* de la sentencia.

Después de dedicar la última parte del fundamento jurídico séptimo al examen de la exclusividad de la competencia estatal en materia de comunicaciones, la resolución, en el mentado fundamento jurídico octavo, formula unas manifestaciones que me parecen que son la clave de la resolución. Dice:

"Afirmada, de este modo, por la jurisprudencia la competencia estatal en las materias recogidas en el tan citado artículo 149.1.21 de la Constitución, ello no implica que esa competencia del Estado haya de prevalecer necesaria e incondicionalmente sobre las demás competencias sectoriales autonómicas y locales que inciden en esta materia, básicamente las urbanísticas y ambientales, hasta dejarlas, en la práctica, inoperativas.

En este y en otros casos, en que el marco competencial diseñado por la Constitución determina la coexistencia de títulos competenciales con incidencia sobre un mismo espacio físico, se hace imprescindible desarrollar técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas, si bien, cuando los cauces de composición voluntaria se revelan insuficientes, la resolución del conflicto sólo podrá alcanzarse a costa de dar preferencia al titular de la competencia prevalente, que desplazará a los demás títulos competenciales en concurrencia.

Es claro que las competencias autonómicas y locales en materia de ordenación del territorio, ambiente o sanidad no pueden terminar desvirtuando las competencias que la propia Constitución reserva al Estado en el repetido artículo 149.1.21, aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio, ya que el Estado no puede verse privado del ejercicio de esa competencias exclusiva por la existencia de las otras competencias, aunque sean también exclusivas, de las Comunidades autónomas y los entes locales, pues ello equivaldría a la negación de la misma competencia que le atribuye la Constitución.

No se puede olvidar que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva como la ahora enjuiciada, lo hace bajo la consideración de que la atribución competencial a favor del Estado presupone la concurrencia de un interés general superior al de las competencias autonómicas, aunque, para que el condicionamiento legítimo de las competencias autonómicas no se transforme en usurpación ilegítima, resulta indispensable que el ejercicio de esas competencias estatales se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarla para proceder, bajo su cobertura, a una regulación general del entero régimen jurídico de la ordenación del territorio".

e) Es ésta la base sobre la que los siguientes fundamentos jurídicos, hasta el duodécimo inclusive, se dedican a argumentar la declaración de nulidad del artículo 5 y Anexos 1 y 2, del artículo 14.2 y de la disposición transitoria segunda del Decreto.

A este respecto, es capital advertir que la sentencia rechaza categóricamente la competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, precisamente, para regular los *aspectos técnicos* de las comunicaciones. La alusión a esos *aspectos técnicos* (sin duda para evitar otras perspectivas) es constante en la sentencia.

En este punto, parece particularmente digna de interés la alusión que la Sala hace a la propia convicción de la Administración autónoma catalana. Así, en el último párrafo del fundamento jurídico noveno se dice:

"Consciente, sin duda, la Administración autonómica de que carece de competencia para regular los aspectos técnicos de las comunicaciones, ha evitado cualquier amparo competencial explícito en el ámbito garantizado al Estado por el artículo 149.1.21 de tanta cita, y ha invocado competencias sectoriales como las de urbanismo y ordenación del territorio, ambiente y sanidad. Ahora bien, por encima de esos títulos competenciales a los que formalmente se ha acogido el reglamento, lo que verdaderamente importa es la naturaleza, finalidad y contenido real de las prescripciones que incorpora, pues, como hemos dicho en repetidas ocasiones, las cosas son como son y no como se las llama; y eso, una vez más, nos sitúa en el terreno que ya hemos anticipado, esto es, en el de discernir si la regulación incorporada a aquellos preceptos implica una entrada en terreno vedado para la Comunidad Autónoma por ser materia de competencia estatal en cuanto atinente a la regulación técnica de las telecomunicaciones".

f) La sentencia, en su fundamento jurídico undécimo, insiste en el reconocimiento de títulos competenciales autonómicos en materia de sanidad y de medio ambiente. Pero declara que *"...esos títulos competenciales autonómicos no pueden llegar al extremo de desvirtuar las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, pues si la Constitución ha atribuido al Estado la competencia en materia de telecomunicaciones, lo ha hecho por entender que en ese ámbito concurre un interés general superior que ha de prevalecer sobre la perspectiva más limitada de las competencias propias de las Comunidades Autónomas..."*.

En fin, la resolución acude, como argumento de refuerzo, al principio de unidad de mercado, extremo al que se dedica todo el fundamento jurídico duodécimo.

g) A partir del fundamento de Derecho decimotercero, y hasta el decimotavo, páginas 52 a 59, la resolución examina el segundo motivo de casación de RETEVISIÓN MÓVIL S.A., en el que, con base en la falta de competencia de la Generalidad de Cataluña para regular las cuestiones relativas a los aspectos técnicos de las instalaciones, la citada compañía recurrente había solicitado la declaración de nulidad de los artículos 5.c) y Anexos 3 y 4, 6, 8 y 14 del Decreto.

La Sala, argumentando caso por caso, estima la nulidad del artículo 5.c), en relación con los Anexos 3 y 4 (fundamento jurídico decimocuarto), así como la del artículo 6.2.a).

No obstante, y por su propia argumentación, la sentencia declara la validez del resto del artículo 6 y la de los artículos 8, 9, 10, 11 y 15 del Decreto impugnado.

En relación con la declaración de nulidad del artículo 6.2.a), el Tribunal dice:

"En este caso, el artículo 6.2.a) no remite la determinación de esa mejor técnica disponible a la legislación estatal ni cabe entender que eso es evidente aunque no se diga de forma expresa, sino que deja la cuestión en un nivel de incertidumbre que pugna frontalmente con la imprescindible seguridad jurídica que debe presidir las relaciones de los operadores con la Administración en un marco económico como éste, tan necesitado de certeza y previsibilidad con el fin de servir de referencia para guiar las decisiones empresariales. En consecuencia, en este punto el motivo de casación debe ser estimado también".

h) Cuando en el fundamento jurídico decimoséptimo se refiere la sentencia al artículo 14, y mostrándose consecuente con las premisas de su argumentación, la Sala manifiesta:

"Tampoco en este caso apreciamos que el precepto sea contrario a derecho, pues el artículo 14 se refiere a las particularidades del régimen de control ambiental de las instalaciones, y en este apartado 1º no establece más que un sistema de control de índole estrictamente ambiental, que como tal, ceñido a ese concreto ámbito, no excede de las competencias autonómicas o municipales en la materia, aunque sea obvio que no cabe invocar este precepto para sobrepasar lo que en él se establece e interferir en los aspectos técnicos que corresponden a la competencia estatal".

i) Se advierte la insistencia del Tribunal en los "aspectos técnicos" de las telecomunicaciones, como determinantes de la competencia exclusiva del Estado. Criterio que se advierte cuando, casi a modo de recapitulación, la sentencia dice haber "purgado" del Decreto catalán "los preceptos que ordenan cuestiones técnicas por corresponder su regulación al Estado" (página 58).

- **Conclusiones**

En resumen, considero que la sentencia examinada merece elogios porque, con una técnica jurídica a mi juicio muy depurada, y con gran aparato argumental, pone luz en las espinosas cuestiones competenciales que han caracterizado a conflictos de caracteres similares al que era objeto de la controversia a la que esta resolución ha dado fin.

- **Sobre el autor**

Ricardo de Ángel Yáguez (Sestao, 1942) es licenciado en Derecho por Deusto (especialidad jurídico-económica) y doctor por la Universidad de Granada. Obtuvo la cátedra de Derecho Civil de Deusto en 1972 y ejerció como decano de la Facultad de 1975 a 1984. Recibió la Cruz de San Raimundo de Peñafort y es vocal de la Comisión General de Codificación. Es autor de 13 monografías jurídicas, participante en más de 40 obras colectivas y autor también de más de un centenar de artículos científicos en revistas españolas y extranjeras.