

Resumen

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia que anuló diversos preceptos de la ordenanza municipal sobre antenas de telefonía, radio y televisión del municipio de autos. La Sala considera que, por el hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso, límites o condiciones complementarios a los previstos en el RD 1066/2001, bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles, estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en los que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas, de ahí que esas normas dentro del marco de la Ley 3/1998 tienen una finalidad preventiva y pretenden la adaptación de las licencias y mejoras técnicas disponibles.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 7/1985 de 2 abril 1985. Reguladora de Bases de Régimen Local
art.4.1 , art.25.2

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO
COMPETENCIAS
Delimitación con la Administración Local
Municipios

ADMINISTRACIÓN LOCAL
MUNICIPIOS
Atribuciones y competencias
Supuestos diversos
Potestades
Reglamentaria
Ordenanzas municipales
Impugnación

TELECOMUNICACIONES
ORDENAMIENTO JURÍDICO
TELEFONÍA MÓVIL

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Admón. local (funciones legislativas); Desfavorable a: Empresa
Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.4.1, art.25.2 de Ley 7/1985 de 2 abril 1985. Reguladora de Bases de Régimen Local
Cita art.29 de Ley 32/2003 de 3 noviembre 2003. Ley General de Telecomunicaciones
Cita Ley 16/2002 de 1 julio 2002. Prevención y control integrados de la contaminación
Cita RD 1066/2001 de 28 septiembre 2001. Rgto. sobre condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas
Cita RD 1890/2000 de 20 noviembre 2000. Rgto. que establece procedimiento para evaluación de conformidad de aparatos de telecomunicaciones

Cita RD 1450/2000 de 28 julio 2000. Desarrolla estructura orgánica básica del Mº Sanidad y Consumo
Cita Ley 11/1998 de 24 abril 1998. General de Telecomunicaciones
Cita art.43 de Ley 6/1998 de 13 abril 1998. Régimen del Suelo y Valoraciones
Cita RD 56/1995 de 20 enero 1995. Modificación RD 1435/1992, relativo a las disposiciones de aplicación de la Directiva del Consejo 89/392/CEE, sobre Maquinas
Cita RD 1435/1992 de 27 noviembre 1992. Aplica la Directiva 89/392/CEE, Legislaciones de Estados Miembros sobre Máquinas
Cita art.26, art.62.2, art.135.g de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
Cita art.43, art.138.b de RDLeg. 1/1992 de 26 junio 1992. TR Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana
Cita Ley 3/1989 de 2 mayo 1989. Actividades Calificadas, C.A. Valenciana
Cita Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad
Cita art.9, art.103, art.149 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita D 2414/1961 de 30 noviembre 1961. Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ORDENAMIENTO JURÍDICO STS Sala 3ª de 6 abril 2010 (J2010/53579)
Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - TELEFONÍA MÓVIL STS Sala 3ª de 17 noviembre 2009 (J2009/307372)
Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - TELEFONÍA MÓVIL STS Sala 3ª de 16 julio 2008 (J2008/128171)
Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - TELEFONÍA MÓVIL STS Sala 3ª de 4 julio 2006 (J2006/105652)
Cita en el mismo sentido STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 marzo 2003 (J2003/253133)
Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - TELEFONÍA MÓVIL STS Sala 3ª de 15 diciembre 2003 (J2003/187108)
Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - TELEFONÍA MÓVIL STSJ Murcia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 enero 2003 (J2003/11657)
Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - TELEFONÍA MÓVIL STSJ Navarra Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 octubre 2002 (J2002/60798)
Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ORDENAMIENTO JURÍDICO STS Sala 3ª de 18 junio 2001 (J2001/31729)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 4 octubre 2000 (J2000/33988)
Cita en el mismo sentido sobre TELECOMUNICACIONES - ORDENAMIENTO JURÍDICO STS Sala 3ª de 24 enero 2000 (J2000/529)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 25 marzo 1999 (J1999/11354)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 24 julio 1998 (J1998/20982)
Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - MUNICIPIOS - Atribuciones y competencias - Supuestos diversos STC Pleno de 2 julio 1998 (J1998/8781)

ANTONIO MARTI GARCIA

CELSA PICO LORENZO

RICARDO ENRIQUEZ SANCHO

SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA

SEGUNDO MENENDEZ PEREZ

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de junio de dos mil diez.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, el recurso de casación número 240/2007, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador D. José Carlos García Rodríguez, en nombre y representación de "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", contra la sentencia dictada el día trece de octubre de dos mil seis por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección Segunda, en el recurso contencioso- administrativo número 1186/2002.

Habiendo compareciendo como parte recurrida el Ayuntamiento de Sedavía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en los autos número 1186/2002, dictó sentencia el día trece de octubre de dos mil seis, cuyo fallo resuelve:

1) Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad Retevisión Móvil S.A. contra la Ordenanza municipal sobre antenas de telefonía, radio y televisión del Municipio de Sedaví (Valencia) publicada mediante Edicto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Sedaví de fecha 4 de octubre de 2002 en el BOP de Valencia número 249 de fecha 19 de octubre de 2002;

2) Declarar contrario a Derecho y, en consecuencia, anular y dejar sin efecto los artículos 5, 7, 8, 9 y Anexo 6 de dicha Ordenanza en cuanto exige y establece un procedimiento para la obtención de licencia de actividad en materia de telefonía móvil, así como su artículo 14.

3) Desestimar el resto de pretensiones de la actora; y

4) No efectuar expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Por la representación procesal de "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", antes "RETEVISIÓN MÓVIL, S.A.", se interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha seis de febrero de dos mil siete.

TERCERO.- Mediante providencia dictada el día seis de septiembre de dos mil siete por la Sección Primera de esta Sala, se admite a trámite el recurso de casación, y se acuerda, conforme a las normas establecidas para el reparto de asuntos, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta; donde se tuvieron por recibidas el dieciséis de octubre de dos mil siete.

CUARTO.- Dado traslado del recurso a la parte recurrida, mediante escrito de veintiuno de noviembre de dos mil siete, el Procurador de los Tribunales D. Juan José Gómez Velasco, en nombre y representación del Ayuntamiento de Sedavía, manifestó su oposición al recurso de casación, solicitando su íntegra desestimación.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 8 de junio de dos mil diez, fecha en que tal diligencia tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Marti Garcia, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de casación que enjuiciamos se impugna por la representación procesal de "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha trece de octubre de dos mil seis, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma mercantil contra la aprobación definitiva, al no haberse presentado alegaciones a su aprobación provisional acordada por Acuerdo del Pleno de 23 de julio de 2002, de la Ordenanza Municipal sobre antenas de telefonía, radio y televisión del Ayuntamiento de Sedavía (Valencia).

La sentencia recurrida, en su fundamento de derecho segundo, resume el contenido de la Ordenanza impugnada, en la parte que fue objeto de impugnación en sede jurisdiccional:

1º. Artículos 1 (que define como su objeto la regulación de las condiciones de instalación de las infraestructuras de telecomunicaciones) y 10 (referente a límites de exposición electromagnética) por extralimitación competencial o vicio "ultra vires" e infracción del artículo 149.1.21º de la Constitución EDL 1978/3879 .

2º. Artículo 4 (sobre minimización de impacto), Anexos 1.1º (en cuanto se refiere a la tecnología de menor impacto), 2º (sobre antenas en suelo no urbanizable), 4.3º (en cuanto utiliza los conceptos jurídicos indeterminados "emblemáticos" y "notablemente"), y 4.1º (que se refiere a emplazamientos en suelo urbano residencial) y artículo 14 (referente a la exigencia de póliza de responsabilidad civil) por la indefinición del conjunto de requerimientos y condicionamientos técnicos exigibles a los operadores.

3º. El Anexo 6º en relación con la Disposición Transitoria Primera, Apartado 1º (referente a la regulación de la actividad de telecomunicación en cuanto impone un Proyecto de infraestructuras comunes) al invadir una competencia estatal.

4º. Artículo 5, 7, 8, 9 y Anexo 6º (que establecen la necesidad de obtención de licencia de actividad municipal) por invadir también una competencia estatal".

Para resolver las cuestiones planteadas en torno a los mismos, la Sala de instancia apela a la doctrina recogida en nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2003 EDJ 2003/187108 , en que se alude a las competencias de los municipios en materia de ordenación de las instalaciones de telecomunicaciones, así como a los límites a que se somete su ejercicio. Debiéndose ser destacadas aquellas partes de la misma que responden más concretamente a las cuestiones de nuevo planteadas en casación:

Sexto. La demandante argumenta que el artículo 4 (sobre minimización de impacto) y de los Anexos 1.1º (en cuanto se refiere a la tecnología de menor impacto), 2º (sobre antenas en suelo no urbanizable), 4.3º (en cuanto utiliza los conceptos jurídicos indeterminados "emblemáticos" y "notablemente"), y 4.1º (que se refiere a emplazamientos en suelo urbano residencial) y el artículo 14 (referente a la exigencia de póliza de responsabilidad civil) son nulos por la indefinición del conjunto de requerimientos y condicionamientos técnicos exigibles a los operadores e invadir competencias estatales, suponiendo además un exceso sobre las competencias municipales en materia urbanística.

Pues bien, entrando en el estudio de la cuestión relativa a las normas descritas, con excepción de la del artículo 14, nos encontramos ante la reglamentación por una Corporación de local de una materia de su competencia, pues no cabe duda que las exigencias de esa norma guardan directa relación con la ordenación urbanística (artículo 25.2- d) LBRL), protección del medio ambiente (artículo 25.2 f) LBRL) y patrimonio histórico-artístico (artículo 25.2e) de dicho texto legal), siendo razonables y proporcionadas.

Los Ayuntamientos pueden y deben establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones, en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles (arts. 4, 15, 86, 91 y 95 LRAU, 138 -b) del TRLS de 1992, entre otros). Además, parece razonable que se establezca una regulación sobre la ubicación de los emplazamientos de las antenas de telefonía móvil, pues la naturaleza y usos urbanísticos de los terrenos de un municipio es una competencia básica de los Ayuntamientos, en lo que viene a ser la ordenación racional de su territorio, máxime si se trata de espacios o bienes protegidos o de minimizar los impactos visuales sobre los mismos. La necesidad de dicha regulación se hace más evidente si se atiende al efecto multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberalización en la provisión de redes prevista en la normativa comunitaria (Directiva 96/19 / CE, de la Comisión de 13 de marzo en la Ley 11/1998. Y ello no vulnera el derecho que tienen las empresas operadoras, consecuencia de la explotación de servicios de telecomunicación, a la ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículos 17 LOT/87, artículo 138-b) del TRLS de 1992 y 43 y siguientes Ley del Suelo EDL 1992/15748 de 1998).

Y a ello cabe añadir que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados no invalida los citados preceptos pues, en todo caso, en la eventual revisión jurisdiccional de los actos dictados en aplicación de dichas normas puede precisarse el alcance de dichos conceptos.

(...) Décimo. Se impugnan los artículos 5, 7, 8, 9 y Anexo 6º de la Ordenanza por considerar la operadora recurrente que supone una exigencia indebida de licencia de actividad y un procedimiento para la obtención de dicha licencia, que es tachado de improcedente por no responder a una competencia municipal sino estatal, incurriendo por ello en nulidad radical. En efecto, dicha norma regula aspectos relativos a la exigencia de previa obtención por las operadoras de telefonía móvil de licencia municipal de actividad y regula el procedimiento y requisitos para su obtención. Undécimo. La citada normativa reglamentaria afecta, pues, a la exigencia de previa obtención de licencia municipal de actividad por considerar que la instalación y funcionamiento de una estación base de telefonía móvil constituye una actividad calificada y como tal debe ser regulado el procedimiento necesario para la solicitud y obtención de dicha autorización municipal. Se regulan no solo aspectos de índole urbanística sino, además, los referidos a la propia actividad de telefonía móvil y a su relación con el medio ambiente y la salud. Sin embargo, esta Sala ya se ha pronunciado sobre esta cuestión de forma anulatoria de tal exigencia, sirviendo como muestra los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la Sentencia núm. 1626/2003, de 30 de septiembre, en la que sienta el siguiente criterio:

"Segundo. Una de las cuestiones más polémicas desde el punto de vista tecnológico surgida en los últimos años son las antenas de telefonía móvil. Los últimos treinta años ha supuesto un gran avance tecnológico e imperceptiblemente nuestros hogares se han llenado de aparatos y electrodomésticos que emiten radiaciones que sólo interesaban al mundo científico, la telefonía móvil ha supuesto a nivel popular como abrir la caja de pandora, todo el mundo habla y opina de la peligrosidad de las radiaciones, de los efectos sobre la salud a corto y largo plazo etc, el mundo científico y jurídico de pronto se siente desbordado ante la presión popular, no obstante, debemos ver el lado positivo de esta sobre reacción popular y es que Administraciones, compañías de telecomunicación y fabricantes de todo tipo de aparatos tienen que destinar grandes cantidades de dinero para la investigación y minimización de estas radiaciones, de otra forma, se hace difícil creer y pensar que se destinaría tal cantidad de fondos a este fin.

Centrándonos en las antenas de telefonía móvil y tomando como base científica los Informes Sanitarios Siglo XXI "Ondas Electromagnéticas y Salud-1- de 2002", D. Bruno en su ponencia Telefonía Móvil y Salud Pública nos dirá que la forma en que las ondas electromagnéticas afectan a los sistemas biológicos viene determinada por la intensidad y la frecuencia de la señal. Así, los campos o radiaciones electromagnéticas pueden clasificarse en "ionizantes" y "no ionizantes". Las radiaciones ionizantes corresponden a señales electromagnéticas de frecuencias extremadamente altas, como los rayos X y los rayos gamma, que transmiten a los sistemas biológicos energía suficiente como para romper los enlaces atómicos y dividir las moléculas en iones, positivos y negativos. A este fenómeno se le conoce como ionización. La denominación de campos no ionizantes se aplica a la porción del espectro electromagnético que posee energías demasiado débiles para romper las uniones atómicas. Incluso a altas intensidades, los campos no ionizantes son incapaces de provocar ionización en sistemas biológicos, se suele afirmar que no son cancerígenas. En la actualidad, la telefonía móvil europea utiliza señales de 900 Mhz para los sistemas analógicos, entre 900 y 1800 MHz para los sistemas digitales GSM.

La normativa que regula las telecomunicaciones en general y las antenas de telefonía móvil en particular es básicamente es Ley 11/ 1998, de 24 de abril EDL 1998/43460 , General de Telecomunicaciones y el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre EDL 2001/ 28611 , 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, la normativa no es caprichosa ni está sustentada en el vacío sino que tiene una base científica que la sustenta. Se parte de los estudios llevados a cabo por la International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection (en adelante ICNIRP), un Comité de Expertos comisionado por la Organización Mundial de la Salud que elaboró en 1998 un informe para la protección del público en general y de los trabajadores contra posibles efectos nocivos de exposiciones agudas a CEM no ionizantes. Con esa base científica el Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea elaboró la Recomendación en 1999 (1999/519/CE), hemos de fijarnos que las conclusiones científicas nos dicen (a groso modo) que con los niveles de radiación recomendados es suficiente para la salvaguarda de la salud de la población en general ante exposiciones a campos electromagnéticos débiles como los generados por fuentes típicas de ambientes urbanos o residenciales y que ni nuestros actuales conocimientos sobre la física de la materia viva, ni la evidencia científica, epidemiológica y experimental, de la que disponemos, ha aportado pruebas consistentes de la existencia de peligros para la población general derivados de exposiciones a campos de

potencia o intensidades débiles, por debajo de los límites recomendados, finalmente el mundo científico nos dice que las conclusiones no deben ser consideradas definitivas, sino abiertas a futuras modificaciones basadas en la ampliación del conocimiento a través de nueva evidencia científica..

La página Web de la Organización Mundial de la Salud nos dirá que, como parte de su mandato de proteger la salud pública, y en respuesta a la preocupación pública por los efectos sobre la salud de la exposición a CEM, la Organización Mundial de la Salud (OMS) creó en 1996 el Proyecto Internacional CEM para evaluar las pruebas científicas de los posibles efectos sobre la salud de los CEM en el intervalo de frecuencia de 0 a 300 GHz. El Proyecto CEM fomenta las investigaciones dirigidas a rellenar importantes lagunas de conocimiento y a facilitar el desarrollo de normas aceptables internacionalmente que limiten la exposición a CEM. El Proyecto Internacional CEM tiene previsto completar en el año 2007 las evaluaciones de los riesgos para la salud de los CEM, ya que se prevé que las investigaciones en curso y propuestas proporcionarán en este plazo resultados suficientes para evaluar los riesgos para la salud de forma más categórica. El Proyecto evaluará los efectos sobre la salud y el medio ambiente de la exposición a campos eléctricos y magnéticos estáticos y variables en el tiempo, en el intervalo de frecuencias de 0 a 300 GHz. Para los fines del proyecto, este intervalo se divide en: campos estáticos (0 Hz), de frecuencia extremadamente baja (FEB, 0 a 300 kHz), de frecuencias intermedias (FI, 300Hz a 10MHz) y de radiofrecuencia (RF, 10 MHz a 300 GHz). A similares consideraciones han llegado entre otros:

- Comité científico de Toxicología, Ecotoxicología y Medio Ambiente de la Comisión Europea (año 2001).
- Comité de Expertos Reino Unido, Informe Steward. (año 2000).
- Comité de Expertos de Francia (año 2001).
- Comité de Expertos de España (año 2001).

Tras lo expuesto, las conclusiones de Administraciones, Tribunales de Justicia y Juristas deben ser las mismas, sus decisiones deben atenerse al estado actual de la ciencia, de cambiar los criterios científicos con bases sólidas, las Administraciones deberán cambiar su normativa y los Tribunales de Justicia revisar sus decisiones.

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

Una de las cuestiones que se han planteado como polémicas ha sido la exigencia de muchas Ordenanzas Municipales de exigir a las operadoras de telefonía móvil una "licencia de actividad" como molesta, nociva, insalubre o peligrosa por cada una de las antenas instaladas, frente a esta actitud, los Tribunales de Justicia han dado una respuesta diversa:

- a) Tribunales Superiores de Justicia que entienden justificada esta exigencia.
- b) Tribunales Superiores que entienden no justificada esta exigencia.

Entre los primeros, podemos citar la Sentencia 441/2003, de 17.03.2003 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección Tercera) EDJ 2003/253133 , se basa la sentencia en dos pilares para entender justificada la exigencia de licencia de actividad para cada una de las antenas de telefonía móvil:

- El principio de precaución.

- Tanto la legislación estatal en el art. 2 del Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre EDL 1961/63 , por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, como el art. 1 de la Ley 3/1989, de 2 de Mayo, de Actividades Calificadas EDL 1989/13029 , establecen que no tiene carácter limitativo, por tanto, lo que determina la necesidad de obtener licencia de actividad es el hecho de que pueda calificarse una actividad como molesta, insalubre, nociva o peligrosa, de acuerdo con las definiciones que se acaban de transcribir; así lo han entendido numerosas sentencias del Tribunal Supremo cabe citar (Sala Tercera Sección Cuarta) de 4.10.2000 EDJ 2000/33988 cuando afirma "...sentencias de 24 de julio de 1998 EDJ 1998/20982 y 25 de marzo de 1999 EDJ 1999/11354 . En la primera de ellas se precisa que: "el hecho de que la actividad de la industria del apelante no se halle clasificada expresamente en el Anexo del RAM, no impide su clasificación en alguno de los grupos de actividades que regla el mencionado RAM, pues como señala el art. 2º del mismo, la inclusión en su ámbito no viene determinada sólo por la inclusión en el Nomenclátor anexo sino por la misma naturaleza de la actividad conforme a las definiciones del art. 3º..." .

Entre los segundos, el T.S.J. de Navarra 2.10.2002 EDJ 2002/60798 ".en la Ley Foral 16/1999, de Control de Actividades Clasificadas para la Protección del Medio Ambiente, no se incluye la instalación de antenas de telefonía móvil entre las actividades clasificadas, principios como el "favor libertatis", proclamado en el art. 84, 2 LRRL, aconsejan no imponer restricciones a la libertad individual en el ejercicio de actividades económicas..." , las mismas razones, a las que se añaden la de falta de competencia podemos observar en la sentencia 46/2003, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia EDJ 2003/11657 .

A juicio de la Sala, la postura más correcta es la de no exigir licencia de actividades calificadas para la instalación de antenas de telefonía móvil, podemos dar razones de índole competencial y razones de dinámica de la propia licencia de actividad que impediría a los municipios exigir tal licencia. A) Competencia en materia de telefonía móvil.

El art. 149.1.21ª de la Constitución EDL 1978/3879 : El estado tiene competencia exclusiva "...telecomunicaciones...".

Cierto es que como afirma el Tribunal Supremo (Sala Tercera-Sección-Sección Cuarta de 24.01.2000 EDJ 2000/529 o 18.06.2001 EDJ 2001/31729) a modo de resumen:

a) La Sala de instancia mantiene la competencia municipal en materia de urbanismo y medio ambiente como habilitante para una regulación municipal, en materia de antenas de telecomunicaciones. Frente a esta afirmación, la parte recurrente parece partir del principio, en contra de la jurisprudencia expuesta, de que la imposición de condiciones técnicas en materia de instalaciones de telecomunicaciones está reservada al Estado de manera absoluta y excluyente de toda intervención municipal.

b) En segundo lugar, la Sala de instancia afirma que no se ha probado que las exigencias técnicas de la Ordenanza resulten impeditivas del ámbito de las telecomunicaciones, o sea, de imposible cumplimiento (sin perjuicio de lo que proceda resolver en la impugnación de los actos de aplicación).

Ahora bien, a la hora de interpretar las situaciones de conflicto que se produzcan la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1998 EDJ 1998/8781 hablando de un posible conflicto entra la competencia planificadora del territorio que corresponde a las Comunidades Autónomas cuando entra en conflicto con competencias sectoriales del art. 149.1 de la Constitución EDL 1978/3879 resuelve "...En efecto, aunque la Constitución no atribuye al Estado la competencia para llevar a cabo la planificación de los usos del suelo y el equilibrio interterritorial, sin embargo, como queda dicho, el Estado, desde sus competencias sectoriales con incidencia territorial, puede condicionar el ejercicio de la competencia autonómica de ordenación del territorio, con la consecuencia de que, en el supuesto de que exista contradicción entre la planificación territorial autonómica y las decisiones adoptadas por el Estado en el ejercicio de esas competencias y ensayados sin éxito los mecanismos de coordinación y de cooperación legalmente establecidos, la Comunidad autónoma deberá incorporar necesariamente en sus instrumentos de ordenación territorial las rectificaciones imprescindibles al efecto de aceptar las referidas decisiones estatales....".

Por tanto, la mayor o menor capacidad de intervención por parte de los Municipios dependerá del grado de incidencia en sus propias competencias, así, para el establecimiento de una red de telecomunicaciones terrestres en tanto en cuanto se usa suelo urbano, es necesario el levantamiento de calles y coordinar con otros servicios públicos como alcantarillado, alumbrado, gas, agua etc la intervención normalmente será máxima en los aspectos que le corresponden, en cambio, el establecimiento de la telefonía móvil en tanto apenas incide en el régimen urbanístico la intervención de los municipios debe ser limitada a aspectos concretos y determinados.

Desde este prisma, tenemos en primer lugar los arts. 1 y 2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril EDL 1998/43460, General de Telecomunicaciones, que reitera la competencia exclusiva del Estado en materia de Telecomunicaciones y define las mismas como "servicio de interés general", en desarrollo de esta Ley General el Gobierno dicta entre otras muchas normas el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre EDL 2001/28611 , 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, la Ley conjuntamente con el Real Decreto marcan las pautas básicas de la telefonía móvil y su futuro desarrollo.

) Desde el punto de vista de la normativa sobre actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, las normas del estado español y de la Comunidad Valenciana son las siguientes:

a.- Estatal: Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre EDL 1961/63 , por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

b.- Autonómica: -Ley 3/1989, de 2 de Mayo, de Actividades Calificadas EDL 1989/13029 .- Decreto Autonómico 54/90, de 26 de marzo, por el que se aprueba el nomenclátor de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

A la vista del Nomenclátor de Actividades Calificadas que contiene el Decreto Estatal Decreto 2414/1961 y Decreto Autonómico 54/1990 se hace difícil pensar en una actividad que no venga incluida dentro del Nomenclátor, ahora bien, tanto la legislación estatal en el art. 2 como el art. 1 de la Ley 3/1989 establecen que no tiene carácter limitativo, por tanto, lo que determina la necesidad de obtener licencia de actividad es el hecho de que pueda calificarse una actividad como molesta, insalubre, nociva o peligrosa.

Ahora bien, no se trata de la inclusión de actividades como calificadas en base a meros informes genéricos. Cuando nos encontramos con una actividad verdaderamente nueva no incluida en nomenclátor la labor de un Ayuntamiento para llevar a cabo la inclusión será, en primer lugar, elaborar un informe siguiendo las pautas del Anexo I del Decreto Autonómico 54/1990 y examinar si debe ser "actividad Calificada" por molesta, nociva, insalubre o peligrosa, en segundo lugar, establecer en función del punto anterior los posibles grados de molestia, nocividad, insalubridad o peligrosidad, en tercer lugar, con base en el punto anterior determinar las medidas correctoras conforme al Anexo II del Decreto 54/1990 y, en cuarto lugar, cuando pase a informe de la Comisión Provincial de Actividades Calificadas de aceptar los tres puntos anteriores deberá remitirlo a la Autoridad Competente para que la incluya en el nomenclátor y no se de la paradoja que una actividad sea calificada en un municipio y en otro no le sea o siendo calificada en los diversos municipios estén dándole clasificaciones diversas y adoptando o exigiendo medidas correctoras diferentes, el principio de Seguridad Jurídica recogido en el art. 9 de la Constitución EDL 1978/3879 exige coherencia en el punto examinado.

En nuestro caso, no existe informe técnico que determine que las antenas de telefonía móvil pueden ser insertadas entre las actividades molestas, nocivas, insalubres o peligrosas; el mundo científico dependiente de Organismo Internacionales ICNIRP tras el estudio de la cuestión ha llegado a la conclusión de que con los niveles de radiación recomendados es suficiente para la salvaguarda de la salud de la población en general ante exposiciones a campos electromagnéticos débiles, como los generados por fuentes típicas de ambientes urbanos o residenciales y que ni nuestros actuales conocimientos sobre la física de la materia viva, ni la evidencia científica, epidemiológica y experimental, de la que disponemos, ha aportado pruebas consistentes de la existencia de peligros para la población general derivados de exposiciones a campos de potencia o intensidades débiles, por debajo de los límites recomendados, pero debemos de fijarnos que la propia Organización Mundial de la Salud nos remite a un informe científico con muestrario amplio de población para el año 2006

ó 2007, difícilmente un Ayuntamiento puede disponer de informes científicos con resultados válidos en la Comunidad Científica que nos digan que la colocación de una antena de telefonía móvil entra dentro de las actividades calificadas, incluso, sería posible que a una persona o grupo de personas se pudiera demostrar que le afecta seriamente pero no sería suficiente ni para prohibirlas ni para tomar prevenciones en general frente a las mismas, tenemos el caso de los melocotones donde las personas alérgicas con su sólo roce tienen reacciones alarmantes y no por ello se nos ha ocurrido cortar todos los melocotoneros o prohibir su venta.

Conviene que analicemos el supuesto hipotético de considerar la colocación de antenas de telefonía móvil como Actividad Calificada:

1.- En primer lugar conforme al art. 2 de la Ley 3/1989 y 4 del Decreto Estatal 2414/1961 sería necesario informe urbanístico favorable, punto que no se va a analizar en este momento.

2.- Conforme al art. 2.1 in fine de la Ley 3/1989 de Actividades Calificadas(4 de la Normativa Estatal) establece, después de regular el informe urbanístico, el siguiente contenido" ... Los técnicos municipales, a la vista de la solicitud de licencia y la documentación que se adjunte, procederán a emitir informe provisional, en un plazo no superior a los quince días, acerca de las características de la actividad, su grado de peligrosidad o de molestia y demás circunstancias que estimen pertinentes....", en nuestro caso, el Técnico Municipal para determinar el grado de peligrosidad o molestia debería emitir informe sobre: - Las antenas de Telefonía Móvil como aparato.

- Las emisiones de las antenas de telefonía móvil.

Sin embargo en ambos casos cierra la puerta la legislación sectorial de telecomunicaciones, así la Ley 11/1998, de 24 de Abril EDL 1998/43460 , General de las Telecomunicaciones, establece:

a) El art. 61 de la Ley 11/1998, de 24 de abril EDL 1998/43460 , General de Telecomunicaciones establece que la gestión del dominio público radioeléctrico y las facultades para su administración y control corresponden al Estado. Además, este artículo añade que dicha gestión se ejercerá atendiendo a la normativa aplicable en la Unión Europea, y a las resoluciones y recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de otros organismos internacionales.

b) El art. 62 de la Ley 11/1998, establece, por su parte, que el Gobierno desarrollará reglamentariamente las condiciones de gestión del dominio público radioeléctrico, precisándose que en dicho Reglamento deberá incluirse el procedimiento de determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerables y que no supongan un peligro para la salud pública..

c) El art. 64, apartado 2, de la Ley 11/1998, dispone que se establecerán reglamentariamente, las limitaciones a la propiedad y las servidumbres, necesarias para la defensa del dominio público radioeléctrico, y para la protección radioeléctrica de las instalaciones de la Administración que se precisen para el control de la utilización del espectro.

En aplicación de la norma legal, se dicta el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre EDL 2001/28611 , 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.

El sistema no dista de otros casos de aparatos, máquinas etc que en la Unión Europea funcionan por el sistema de homologación, es decir, se establecen las pautas o normas que tiene que seguir una máquina, instrumento o aparato y cada Estado establece el Organismo o Autoridad que homologa los distintos aparatos, instrumentos o máquinas, de tal forma que, una vez homologado puede circular por toda la Unión Europea salvo que la propia norma establezca la posibilidad de restricciones, esta tesis ya la recogió esta Sala y Sección Tercera (Vg. 11.11.1999 rec. 3573/1996 y 27.1.2000rec. 3984 /96) que establecieron sobre la normativa de seguridad de las máquinas"...Frente a estas anomalías que constata la inspección de trabajo, la legislación española ha establecido un sistema fácil para que el empresario pueda defenderse, en lugar de alegaciones y contra alegaciones, le bastará con mostrar a la Administración que su máquina ha sido homologada con arreglo al Real Decreto 1435/1992, de 27 de Noviembre EDL 1992/17293 , por el que se dictan disposiciones de aplicación de la Directiva del Consejo 89/392/CEE y Real Decreto 56/95, de 20 de Enero EDL 1995/12707 , que modifica el anterior e incorpora las Directivas 93/44C.E. y 93/68C.E, relativa a la aproximación de legislaciones de los estados miembros sobre las máquinas, una vez obtenida la homologación CE significa que cumple con todas las medidas de seguridad y salubridad para ser instalada. Cuando un Estado miembro no esté de acuerdo con una máquina que lleva homologación CE no puede imputarlo al empresario sino que debe seguir la vía del art. 6 y 7 del Real Decreto que se acaba de citar, a salvo, que haya dictado disposiciones adicionales sobre seguridad (que no supongan modificación de las mismas (de acuerdo con el art. 2.3 de Real Decreto...". Lo expuesto significa que si la antena de telefonía móvil que se coloca es una antena homologada el Ayuntamiento no puede rechazarla, así lo establece con toda claridad el art. 11 del Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611 , que toma su base en los arts. 56 y 57 de la Ley 11/1998, de 24 de abril EDL 1998/43460, General de Telecomunicaciones, y en el Real Decreto 1890/2000, de 20 de noviembre EDL 2000/88338 , por el que se aprueba el Reglamento que establece el procedimiento para la evaluación de la conformidad de los aparatos de telecomunicaciones...

En materia de radiaciones de la antena tampoco puede informar el Técnico Municipal, con base en el art. 62 de la Ley General de Telecomunicaciones el art. 6 del Real Decreto 1066/2001 ha regulado las emisiones permitidas y el art. 8 el procedimiento y autorización de las antenas. Todo ello completado por la Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología CTE/23/2002, de 11 de enero, por la que se establecen condiciones para la presentación de determinados estudios y certificaciones por operadores de servicios de radiocomunicaciones..."

Esta misma base jurídica impide llevar a cabo lo que en algunas Ordenanzas Municipales recogen como la obligación cada dos años de instalar antenas con la"...mejor técnica disponible..", concepto que recoge el punto 11 del art. 2 de la Directiva 96/61 / CE de Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y control integrado de la contaminación, traspuesta por España mediante la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación EDL 2002/22876 , en el art. 3ñ). Ahora bien, esta normativa además de medio ambiental está enraizada con los principios de "libre circulación de mercancías" y "libre competencia" del Tratado de Roma, constitutivo CEE (modificado por Acta Única Europea, Tratado UE y Tratado Amsterdam), se pretende que los diversos instrumentos y aparatos una vez homologados puedan circular libremente por los países de la Unión Europea y que las

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

En definitiva, la Sala no encuentra ningún elemento fuera de los que son competencia exclusiva del Estado sobre los que pueda informar el Ingeniero Municipal.

En el aspecto sanitario la situación se presenta en términos muy parecidos, la Ley 14/1986, de 25 de Abril EDL 1986/10228 , General de Sanidad, que en el Capítulo III del Título II lleva como rúbrica "de las competencias de las corporaciones locales" y en el art. 42.3 establece : "...3. no obstante, los ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de otras administraciones públicas, tendrán las siguientes responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios: a) control sanitario del medio ambiente. contaminación atmosférica...y se completa b) control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones...c) control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana.

Es decir, se debe informar sobre cuestiones sanitarias de la actividad, tanto en cuanto tal, como la posible incidencia en los vecinos próximos, ahora bien, La Ley 14/1986, de 25 de abril EDL 1986/10228 , General de Sanidad en sus arts. 18, 19, 24y 40 atribuye a la administración sanitaria las competencias de control sanitario de los productos, elementos o formas de energía que puedan suponer un riesgo para la salud humana. Así mismo, atribuye la capacidad para establecer las limitaciones, métodos de análisis y requisitos técnicos para el control sanitario.

El Real Decreto 1450/2000, de 28 de julio EDL 2000/84417 , por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo atribuye a la Dirección General de Salud Pública y Consumo la competencia para la evaluación, prevención y control sanitario de las radiaciones no ionizantes.

Por su parte, el R.D. 1066/2001 EDL 2001/28611 , en los arts. 6 y 7, establece, con carácter de norma básica y en desarrollo de la Ley 14/1986, límites de exposición y condiciones de evaluación sanitaria de riesgos por emisiones radioeléctricas.

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

La lectura de los mismos nos da una idea clara que, alterar el sistema diseñado por las autoridades europeas y asumido por el Estado Español que parte de una visión de conjunto sin una base científica, puede llegar a suponer un empeoramiento de la calidad del servicio de telecomunicaciones de telefonía móvil sin ningún beneficio para los ciudadanos afectados a esa determinada ordenanza.

Como colofón cabe analizar dos aspectos que derivan de los anteriores:

El control técnico sanitario de las antenas de telefonía móvil.

El régimen sancionador.

De concluir que las antenas de telefonía móvil necesitan licencia de actividad, estaríamos dando el control de la actividad y el régimen sancionador a los Ayuntamientos y Comunidades Autónomas (art. 38 y siguientes del Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre EDL 1961/63 , por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas yart. 11 y ss. de la Ley de la Generalitat Valenciana 3/1989, de 2 de Mayo EDL 1989/13029 , de Actividades Calificadas), cuando el análisis de la legislación vigente arts. 82, 84, y Disposición Transitoria 11 de la Ley 11/1998, de 24 de abril EDL 1998/43460 , General de Telecomunicaciones, atribuye la Inspección y Control a Estado, y la totalidad del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre EDL 2001/28611 , 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, donde la Inspección, Control y Régimen Sancionador corresponde al Estado sin perjuicio de la cooperación y coordinación que recoge el propio Real Decreto en el aspecto Técnico y Sanitario con las Comunidades Autónomas. Se hace difícil pensar que un Ayuntamiento (en su mayoría) pueda llevar a cabo estudios, controles y régimen sancionador de esta actividad, tanto por la complejidad técnica al carecer los Ayuntamientos de personas expertas por el coste que supondría como por la falta de instrumentos técnicos de control efectivo cuyos costes rebasan en la mayor parte de los casos la capacidad de los Municipios.

Tercero. La exposición que se acaba de hacer nos hace volver al punto de arranque sobre el "principio de precaución" que recogió nuestra Sentencia 441/2003, de 17.03.2003 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección Tercera) EDJ 2003/253133 entendiendo que hacía falta licencia de actividad calificada; no se rechaza en la presente sentencia el "principio de precaución" entre otras cosas por ser imperativo conforme al art. 95.3 y 174.2 del Tratado de la Unión Europea, sino que ese principio de precaución se recoge íntegramente en la normativa estatal que se acaba de citar.

En puridad ningún Comité Científico ha podido demostrar mínimamente que las antenas de telefonía móvil sean contraproducentes o causen efectos a la salud, por tanto, se debería dejar a las empresas de telecomunicaciones que las instalasen donde tuviesen por conveniente con sólo respetar monumentos históricos o ciertos conceptos estéticos, en su lugar, tras el informe del Comité de Expertos

comisionado por la Organización Mundial de la Salud que elaboró en 1998 para la protección del público en general y de los trabajadores contra posibles efectos nocivos de exposiciones agudas a CEM no ionizantes, el Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea elaboró la Recomendación en 1999 (1999/519/CE) y hemos de fijarnos que atendiendo a la naturaleza del informe se elabora una "recomendación" que a diferencia de los Reglamentos, Directivas y Decisiones de la Unión Europea no obligan a los Estados Miembros (art. 249 del T.U.E), se basan en el principio de precaución y aproximación de legislaciones a que hemos hecho referencia, de existir informes con datos concluyentes la Unión Europea hubiese actuado vía Reglamento o Directiva; la postura de España ha sido clara en este sentido, tras oír al Comité de Expertos Español ha asumido íntegramente la recomendación del Consejo de Ministros de Sanidad, es decir, el vigente R.D. 1066/2001 está asumiendo íntegramente la "recomendación" lo que significa asumir íntegramente el principio de precaución, por tanto, lo que se concluye con la presente sentencia es que los Ayuntamientos no tienen competencia para exigir a las compañías de telefonía móvil licencia de actividad. Es más, este principio de precaución es aplicable a toda actividad humana, de sacarlo de sus justos términos no se podría poner en circulación o disposición de los consumidores ningún producto, máquina, utensilio o proceso productivo pues bastaría afirmar que en un futuro pueden hacerse descubrimientos en los que se demuestre que puede perjudicar a la salud, seguridad, protección del medio ambiente o protección de los consumidores conforme al art. 95.3 del Tratado de la Unión. La propia Comisión de Expertos de la OMS puso énfasis en no trastocar el sistema que está siendo objeto de un profundo estudio científico con muestreos más amplios de población y que terminará en el año 2006 o 2007, trastocarlo sin bases científicas por parte de los Ayuntamientos puede producir más perjuicios que beneficios a la población que se trata de proteger. Ante una situación novedosa como las radiaciones no ionizantes de la telefonía móvil caben dos opciones a una sociedad: a) No poner en funcionamiento el servicio hasta que terminen todos los estudios b) De ponerlo en funcionamiento tomar las prevenciones que indican los estudios científicos, sin poder ir más lejos que los propios científicos so pena de hacer ineficaz el sistema después de cuantiosas inversiones.

Por último, la Sala deja claro y recalca que su postura no es definitiva y está dispuesta a revisarla conforme avancen los estudios científicos sobre la materia y justifica el cambio de criterio con respecto a la Sentencia 441/2003, de 17.03.2003 EDJ 2003/253133 "

Duodécimo. Los efectos de la anterior doctrina deben suponer la anulación de los artículos 5, 7, 8, 9 y Anexo 6º de la Ordenanza en cuanto establecen un procedimiento o exigen la obtención de licencia de actividad en materia de telefonía móvil, resultando nulas de pleno derecho (artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre EDL 1992/17271) por invadir competencias estatales y vulnerar normas legales y reglamentarias de rango superior."

SEGUNDO.- Antes de entrar en el análisis de los motivos de casación aducidos, es preciso dejar sentado que como la Sala de Instancia anuló los artículos 5, 7, 8, 9 y Anexo 6 de dicha Ordenanza en cuanto que exige y establece un procedimiento para la obtención de licencia administrativa en materia de telefonía móvil, así como su artículo 14, y la parte afectada no ha hecho impugnación alguna, es claro que sobre ese particular la sentencia de instancia ha devenido en firme y consentida, y por tanto sobre ello esta Sala en casación no sólo no puede hacer valoración alguna sino que ha de partir y aceptar en ese particular el fallo de la sentencia recurrida y sus consecuencias.

TERCERO.- Contra la referida sentencia se invocan por la parte recurrente cuatro motivos de casación, todos ellos por razón de la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que resultaren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 88.1.d LCJA).

El primero de ellos denuncia la infracción de los arts. 149.1 de la Constitución Española EDL 1978/3879 ; 62 de Ley 11/1998, de 24 de abril EDL 1998/43460 , General de Telecomunicaciones, 29 de la Ley 32/2003, de 2 de noviembre, del mismo nombre EDL 2003/108868 , y 18, 19, 24 y 40 de la Ley 14/1986, de 25 de abril EDL 1986/10228 , General de Sanidad en relación con el Real Decreto 1450/2000, de 28 de octubre EDL 2000/84417 , por el que se desarrolla la estructura básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología; 6 y 8 del R.D. 1066/2001, de 28 de septiembre EDL 2001/28611 , 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; y de la Orden CTE/23/2002, de 11 de enero, por la que se establecen condiciones para la presentación de determinados estudios y certificaciones por operadores de servicios de radiocomunicaciones. Todo ello en relación con los arts. 1 y 10, en relación con el 11 y 12 de la Ordenanza de Sedavía, al establecer límites de exposición al público más estrictos que lo normativa estatal, y con la disposición transitoria primera, apartados 1º y 3º y el Anexo 6º, que contemplan la necesidad de realizar mediciones en las instalaciones existentes.

El segundo invoca la vulneración de los artículos 149 de la Constitución Española EDL 1978/3879 ; 29 de la Ley 32/2003 EDL 2003/108868 , General de Telecomunicaciones, en relación con los arts. 4.1.a), 25.2.a), b), d), f) y e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril EDL 1985/8184 , Reguladora de las Bases del Régimen Local; 5 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; 138.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 EDL 1992/15748 y 43 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones EDL 1998/43304 . Su infracción se derivaría del art. 4 en relación con el Anexo 4.1, apdos. a) y c), por su referencia al concepto de "minimización de impacto", y del Anexo 1.1º, sobre utilización de la tecnología de menor impacto.

El tercer motivo de casación apunta la conculcación de los arts. 103 de la Constitución Española EDL 1978/3879 y 135.g) de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 , 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con motivo nuevamente de los arts. 4, en relación con el Anexo 4.1, apdos. a) y c), por su referencia al concepto de "minimización de impacto", y del Anexo 1.1º, sobre utilización de la tecnología de menor impacto, así como también del Anexo 4.3º, con base en la utilización de las expresiones "emblemáticos" y "notablemente".

Finalmente, el cuarto motivo se sustenta en los arts. 62.1.a) y b), 62.2 y 63 la Ley 30/1992, 26 EDL 1992/17271 de noviembre, en relación con la no estimación de los preceptos impugnados en que, a juicio de la recurrente, incidirían los motivos de nulidad y anulabilidad recogidos en dichos preceptos.

CUARTO.- A la hora de resolver las cuestiones planteadas, y de un modo preliminar, conviene recordar el marco en que se mueve el ejercicio de las competencias atribuidas a los Municipios cuando afecte a la regulación de las telecomunicaciones, tal como fue expuesto en nuestras Sentencias de 15 de diciembre de 2003, rec. 3127/2001 EDJ 2003/187108 , y de 4 de julio de 2006, rec. 417/2004 EDJ 2006/105652 , al resumir que:

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

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

2º) 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.

Pero, claro está, sin negar in radice la competencia municipal para establecer mediante ordenanza una regulación que contemple los intereses indicados."

QUINTO.- En particular, son cuatro las cuestiones que plantea el recurso de casación, relacionadas todas ellas con el alcance y límites de las competencias municipales sobre la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación, debiendo ser resueltas cada una de ellas por separado. Puestas de manifiesto en tres verdaderos motivos de casación, pues el cuarto -que carece de desarrollo argumental-, más que un motivo autónomo es una simple consecuencia de lo alegado en los tres motivos anteriores.

Comenzando por la respuesta al primer motivo de casación, discrepa con la sentencia de instancia, sobre la base de la fundamentación ya expuesta, en lo relativo a la posibilidad de que los Municipios puedan establecer límites de exposición electromagnética para la protección de la salud de las personas, inferiores a los contemplados en la normativa estatal.

Dicha cuestión ha sido ya tratada y resuelta por esta Sala. En concreto, nos remitiremos, atendiendo a criterios de coherencia y de unidad de doctrina, a lo ya declarado en la Sentencia de 17 de noviembre de 2009, rec. 5583/2007 EDJ 2009/307372 :

"El riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad; por ello, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre EDL 2001/28611 por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

Esta disposición general establece unos límites máximos de emisión que dependen de las frecuencias utilizadas y recoge los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de doce de julio de mil novecientos noventa y nueve, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos.

El hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los Ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuiciamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611 , bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles -colegios, hospitales, parques y jardines públicos- estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en los que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas.

De ahí, estas normas dentro del marco de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, tienen una finalidad preventiva y pretenden la adaptación de las licencias y mejoras técnicas disponibles, adecuándose como afirma la Administración demandada a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que corresponde a la doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala."

Lo que nos obliga a desestimar el primer motivo de casación.

Pasando al análisis del motivo segundo, plantea en primer lugar que los Ayuntamientos no pueden, en una Ordenanza del tipo de la dictada por el Ayuntamiento de Sedavía, imponer medidas de restricción a la instalación de antenas, al corresponder tal previsión a los instrumentos de ordenación territorial. Argumento que debe ser rechazado teniendo en cuenta lo que ya se ha dicho en el fundamento de derecho anterior, en particular sobre la posibilidad de que los Ayuntamientos puedan contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de "calas y

canalizaciones" o instalaciones en edificios (art. 4.1 a)LRBRL y 5 RSCL), entre otras, desde la perspectiva de la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (artículo 25.2 d LRBRL).

Una segunda cuestión planteada en el motivo segundo es la relativa a la exigencia de que las instalaciones se adapten a la tecnología y diseño disponible en el mercado que menor impacto ambiental y visual provoque.

Nos hemos referido a esta especie de cláusula de progreso en nuestra sentencia de 16 de julio de 2008, rec. 7790/2004 EDJ 2008/128171 , relacionándola con la admisión de la utilización en las disposiciones reglamentarias de conceptos jurídicos indeterminados, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. Supone ésta una técnica en que, junto a las zonas de certeza positiva o negativa, se distingue un llamado "halo o zona de incertidumbre" en relación a la cual es también posible la concreción inicial por parte de la Administración y el definitivo control jurisdiccional mediante la aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa. En definitiva supone una técnica de expresión normativa admisible en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse en cada caso si concurre o no el supuesto determinante según la previsión de la Ordenanza de la procedencia o no de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables de una determinada actividad.

Por lo tanto, en esta como en aquella ocasión, nada hay que oponer a la posible utilización de esa denominada mejor tecnología para que se respete el menor impacto visual y ambiental y la menor afección a la salud de las personas, e insistimos en que tal previsión se funda en normas del Estado como es el caso del Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611 .

Nos resta enfrentarnos al motivo tercero, que invoca los arts. 103 CE EDL 1978/3879 y 35.g) LRJAP en relación con la utilización por la Ordenanza de ciertos términos que a su juicio carecen de concreción suficiente como para que el administrado pueda saber de antemano cuáles son los requisitos que la Administración le exige para llevar a cabo su actividad ordinaria. En concreto, la impugnación de la parte hace referencia a las expresiones "menor impacto ambiental o visual" a que se refería el anterior motivo (art. 4.1 y Anexo 1.1.a) y a las palabras "emblemáticos" y "notablemente" a que alude el Anexo 4.3 cuando prescribe que la dulcificación de ciertas limitaciones establecidas en la Ordenanza no serán aplicables a los "edificios de carácter singular o ubicados en zonas emblemáticas del municipio" ni a los "edificios donde la visibilidad de las instalaciones afecte notablemente al entorno".

No es la primera vez que la Sala se enfrenta a una argumentación semejante. Así, en la sentencia de 16 de julio de 2008, rec. 7790/2004 EDJ 2008/128171 , se planteó en relación con la exigencia de utilización de la denominada mejor tecnología para que se respete el menor impacto visual y ambiental, como también para preservar la menor afección a la salud de las personas.

Y en aquella ocasión indicamos que es posible la utilización en las disposiciones reglamentarias de conceptos jurídicos indeterminados, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. Supone ésta una técnica en que, junto a las zonas de certeza positiva o negativa, se distingue un llamado "halo o zona de incertidumbre" en relación a la cual es también posible la concreción inicial por parte de la Administración y el definitivo control jurisdiccional mediante la aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa. En definitiva supone una técnica de expresión normativa admisible en cuanto respeta en grado suficiente el principio de seguridad jurídica, pues mediante una labor de reducción de conceptos utilizados y apreciación de las circunstancias concurrentes, habitual en la técnica jurídica, puede resolverse en cada caso si concurre o no el supuesto determinante según la previsión de la Ordenanza de la procedencia o no de otorgar o no la autorización o licencia necesaria para el desarrollo, en condiciones socialmente aceptables de una determinada actividad.

Respuesta que hemos reiterado recientemente en la sentencia de 6 de abril de 2010, rec. 4450/2007 EDJ 2010/53579 , y que hoy tenemos que hacer extensiva al resto de conceptos a que se refiere el motivo tercero de casación, que ha de ser así igualmente desestimado.

Una vez desestimados los tres primeros motivos de casación procede desestimar el cuarto motivo de casación al no ser una consecuencia obligada y por tanto procede desestimar el recurso de casación.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139.3 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo señala en la cifra máxima de 3.000 euros en concepto de honorarios de la parte recurrida.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación número 240/2007, interpuesto por la representación procesal de "FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.", contra la sentencia de veintitrés de noviembre de dos mil seis, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección Segunda, recaída en los autos 1886/2002; con imposición de las costas a la recurrente, en los términos expresados en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Antonio Marti Garcia, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130042010100287