El control municipal de la contaminación electromagnética

Gabriel Doménech Pascual
Doctor en Derecho. UCH-CEU

1. Introducción.
2. La competencia de los municipios para controlar la contaminación electromagnética.
3. Límites de la intervención municipal.
3.1. La reserva de ley. 3.2. Los derechos fundamentales. 3.2.1. El principio de proporcionalidad. 3.2.2. El procedimiento debido. El seguimiento de las decisiones adoptadas.
4. La intervención municipal en el ámbito de las instalaciones de radiocomunicación.
4.1. La suspensión del otorgamiento de licencias y otras medidas precautorias. 4.2. La ordenación de los límites máximos de inmisión electromagnética. 4.2.1. La regulación estatal. 4.2.2. El endurecimiento municipal de los límites máximos. 4.3. La ordenación de los emplazamientos. 4.4. La obligación de utilizar las mejores técnicas disponibles a fin de minimizar las inmisiones. 4.5. Los controles administrativos previos. 4.5.1. La presentación o aprobación del plan de implantación de la red. 4.5.2. La licencia de actividades clasificadas. 4.6. La contratación forzosa de un seguro de responsabilidad civil y la prestación obligatoria de una fianza. 4.7. El régimen jurídico transitorio establecido por las ordenanzas. 4.8. La colaboración entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales.
5. La intervención en el ámbito de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica.
5.1. La regulación de los límites de inmisión electromagnética. 5.2. La ordenación de los emplazamientos y el soterramiento de las líneas eléctricas. 5.3. Los controles municipales previos.
6. Reflexión final.

1. Introducción

Hoy se sabe que la exposición de las personas a determinados niveles de radiación electromagnética ocasiona efectos térmicos dañinos para la salud: "La mayoría de las moléculas biológicas absorben energía procedente de campos magnéticos intermitentes, que la convierten en energía cinética, y empiezan a oscilar. Esta oscilación produce calor y un aumento de la temperatura corporal." Lo que no está nada claro es si la exposición a niveles de menor intensidad, que no elevan la temperatura corporal, puede ocasionar efectos atérmicos nocivos –v. gr., cancerígenos–. Mientras algunos científicos afirman dicha posibilidad, el sector mayoritario de la comunidad científica considera que la misma no está acreditada.[1]

ISBN: 84-609-8956-9

Esta incertidumbre ha alimentado una viva polémica social que alcanzó en España su punto álgido en 2001, tras la aparición de un conglomerado de casos de leucemia infantil en un colegio vallisoletano cercano a un edificio en cuya azotea había emplazadas varias antenas de telefonía móvil. Presionadas por los ciudadanos, las administraciones públicas, en especial las municipales, se vieron abocadas a intervenir apresuradamente en un ámbito donde reinaba y todavía reina la incertidumbre, tomando decisiones que afectan de manera muy relevante a la salud, la libertad de empresa y la prestación de importantes servicios de interés general. El resultado, como era de temer, ha sido muy poco satisfactorio, pues no puede haber más confusión acerca del alcance de las potestades de los municipios en la materia, y ni los ciudadanos que sufren las inmisiones ni las empresas que las producen han dejado de manifestar, con razón, su descontento.

2. La competencia de los municipios para controlar la contaminación electromagnética

Los municipios son competentes *prima facie* para regular no sólo los aspectos urbanísticos, sino también los ambientales y sanitarios de las instalaciones que generan campos electromagnéticos.

En efecto, el artículo 25.2 de la Ley reguladora de las bases de régimen local establece que "el municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas", respecto de la "ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística", la "protección del medio ambiente" y la "protección de la salubridad pública".

El artículo 42.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, incluye entre las "responsabilidades mínimas" de los ayuntamientos en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios el control sanitario "del medio ambiente", "de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones" y "de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana". De acuerdo con este precepto, y en el marco de la legislación estatal y autonómica, corresponde a los municipios comprobar que las instalaciones de radiocomunicación cumplen los requisitos sanitarios legalmente establecidos.

La normativa de actividades clasificadas ampara igualmente la intervención municipal. Dado que los campos electromagnéticos pueden resultar perjudiciales para la salud humana, las instalaciones que los crean merecen cuando menos la calificación de insalubres, por lo que a las mismas les sería aplicable, en principio, el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas,[2] de acuerdo con el cual a los ayuntamientos correspondería autorizar y vigilar el funcionamiento de las instalaciones, así como "la reglamentación en las ordenanzas municipales de cuanto se refiere a los emplazamientos de estas actividades y a los demás requisitos exigidos que, sin contradecir lo dispuesto en este reglamento, lo complementen o desarrollen" (artículo 6.II). Cabe entender que este precepto precisa el

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

2. *Vid.* el artículo 3 del Reglamento (Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre).

ISBN: 84-609-8956-9

papel que constitucionalmente debe otorgarse a la autonomía local para ordenar el medio ambiente y que constituye, en virtud de los 18 y 23 del artículo 149.1 de la CE, normativa estatal básica.[3]

Varias disposiciones autonómicas reguladoras de las actividades clasificadas contienen previsiones semejantes. La legislación catalana, por ejemplo, se refiere expresamente a la posibilidad de que los ayuntamientos regulen diversos aspectos de las actividades "susceptibles de afectar al medio ambiente, la seguridad y la salud de las personas".[4]

3. Límites de la intervención municipal

3.1. La reserva de ley

En el ejercicio de esta competencia, los municipios se topan, obviamente, con diversos límites. Aquí destacan, en primer lugar, las reservas de ley establecidas en la Constitución, especialmente las relativas al ejercicio de la potestad sancionadora (artículo 25.1), al establecimiento de prestaciones patrimoniales de carácter público (artículo 31.1) y a la regulación de los derechos fundamentales afectados (artículo 53.1).

3.2. Los derechos fundamentales

3.2.1. El principio de proporcionalidad

Aquí están en juego, cuando menos, los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15 y 38 de la Constitución. Los poderes públicos están obligados a proteger la integridad física de los ciudadanos frente al riesgo que encierra la contaminación electromagnética,[5] pero sin restringir injustificadamente su libertad empresarial. La solución, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), consiste en adoptar las medidas que supongan un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses legítimos implicados. Este criterio vendría a coincidir con el de proporcionalidad,[6] que impone que las actuaciones de los poderes públicos sean: *adecuadas* para satisfacer algún fin constitucionalmente legítimo; *necesarias*, de manera que se escoja la menos costosa de entre las adecuadas, y *proporcionadas en sentido estricto*, de modo que los beneficios que conllevan superen a sus costes. El justo equilibrio exige que no se restrinja inútil, innecesaria o excesivamente la libertad de las personas, pero también que no se desproteja inútil, innecesaria o desmesuradamente su salud.

3. Domper Ferrando, "Las actividades clasificadas", *Derecho del medio ambiente y Administración local*, coord. Esteve Pardo, Civitas, Madrid, 1996, pág. 117.

4. *Vid.* el artículo 3.1 en relación con los artículos 41.3, 44.2, 44.3 y 45.2 de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental.

5. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Federal alemán en sus autos de 17 de febrero de 1997 (NJW, 1997, págs. 2509-2510), 28 de febrero de 2002 (1 BvR 1676/01) y 8 de diciembre de 2004 (1 BvR 1238/04).

6. Según la STEDH de 27 de septiembre de 1990 (*Cossey*, 10843/84, § 37), "la noción de proporcionalidad entre una medida o restricción y el fin pretendido por ella [...] se engloba dentro de la idea del justo equilibrio que hay que procurar entre el interés general y los intereses del individuo".

ISBN: 84-609-8956-9

Y los tribunales habrán de reconocer tanto a la Administración como sobre todo al legislador un amplio margen de discrecionalidad para determinar la solución equilibrada, en particular en situaciones como éstas, impregnadas de gran complejidad e incertidumbre científica, porque éstos poseen mayor legitimidad democrática, más tiempo y mejores facultades cognoscitivas para resolver semejantes problemas.[7]

3.2.2. El procedimiento debido. El seguimiento de las decisiones adoptadas

Ahora bien, los tribunales sólo pueden dar por buena la solución escogida por la Administración si ésta ha actuado efectivamente sus mejores posibilidades cognoscitivas a través del procedimiento debido. Como señala el TEDH, cuando el Estado aborda "cuestiones complejas de política ambiental y económica", debe preparar su decisión a través de un procedimiento en el que se realicen "investigaciones y estudios apropiados a fin de evaluar y prevenir los efectos de las actividades que pueden atentar contra el ambiente y los derechos de los ciudadanos, posibilitando de esa manera el logro de un justo equilibrio entre los diversos intereses concurrentes".[8] A falta del procedimiento exigible, no cabe admitir que en la ponderación de los intereses en juego la Administración haya alcanzado el justo equilibrio.[9]

Y en contextos de volatilidad e incertidumbre, donde es muy probable que se alteren las circunstancias y los conocimientos sobre los que se asentaba el equilibrio de la solución inicialmente establecida, cobra una importancia decisiva el *seguimiento* de la misma, el *procedimiento posterior a la decisión*: el Estado debe seguir investigando el acierto de las medidas adoptadas al objeto de mantenerlas, modificarlas o suprimirlas.[10] Como señala la Comisión de la Unión Europea, los poderes públicos pueden adoptar medidas de protección de la salud y del medio ambiente en los "casos específicos en los que los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o inciertos, pero en los que una evaluación científica objetiva preliminar hace sospechar de que existen motivos razonables para temer que los

7. Como señala el Auto del Tribunal Constitucional Federal alemán de 28 de febrero de 2002 (1 BvR 1676/01), "en situaciones complejas de peligro, sobre las cuales no existen todavía conocimientos científicos fiables, corresponde a la Administración [...] un razonable margen de apreciación y adaptación. En un contexto tal de incertidumbre, el deber estatal de protección no exige de los tribunales que contribuyan a la depuración de conocimientos científicos inseguros con ayuda del Derecho procesal, ni tampoco que controlen las medidas administrativas precautorias juzgando la adecuación protectora de los valores límite según el estado actual de la investigación científica. Más bien, es asunto de la Administración observar y valorar con medios adecuados el progreso de la ciencia en todos los sentidos para poder adoptar en su caso medidas protectoras de mayor alcance [...]. Una distribución tal de la responsabilidad de juzgar situaciones de peligro complejas y científicamente discutidas entre el Ejecutivo y los tribunales tiene en cuenta también las *distintas posibilidades cognoscitivas de los poderes públicos por razón de su función y manera de proceder*. Ello se evidencia con claridad en el ámbito de investigación aquí tratado [...]. Salta a la vista que la prueba pericial practicada con ocasión de un concreto caso no puede proporcionar la debida valoración global del complejo estado de los conocimientos científicos".

8. STEDH de 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros*, 36022/97, § 128) y 10 de noviembre de 2004 (*Taªkin y otros*, 46117/99, § 119).

9. STEDH de 2 de octubre de 2001 (*Hatton y otros*, 36022/97, § 105).

10. *Vid.* las STEDH de 17 de octubre de 1986 (*Rees*, 9532/81, §§ 37 y 47), 27 de septiembre de 1990 (*Cossey*, 10843/84, § 40), 22 de abril de 1997 (*X., Y.* y *Z.*, 21830/93, §§ 41 y ss.) y 30 de julio de 1998 (*Scheffield*, 22885/93 y 23390/94, §§ 56 y ss.).

ISBN: 84-609-8956-9

efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pudieran ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido".[11] Y las medidas precautorias "deben mantenerse [...] mientras los datos científicos sigan siendo incompletos, imprecisos o no concluyentes, y mientras se considere que el riesgo es lo suficientemente importante para no aceptar que la sociedad lo asuma". Pero en estos casos *"las investigaciones científicas deberán proseguir para obtener datos más completos"; "las medidas basadas en el principio de precaución deben ser revisadas y, si fuere necesario, modificadas en función de los resultados de la investigación y del seguimiento de su impacto"*.[12]

3.3. Las competencias del Estado y de las comunidades autónomas

Ni las competencias del Estado relativas a las telecomunicaciones, obras públicas de interés general y bases del régimen energético y de protección del medio ambiente, ni las de las comunidades autónomas para desarrollar y ejecutar tales bases, así como para establecer medidas adicionales de protección ambiental, excluyen la intervención municipal en estas materias. Nótese que, de acuerdo con una jurisprudencia constitucional consolidada, varias administraciones pueden ejercer diversas competencias sobre una misma realidad social o espacio físico, siempre que el ejercicio de la competencia que corresponda a cada una de ellas no interfiera o perturbe el de las atribuidas a las restantes administraciones.[13]

De hecho, el Tribunal Supremo ha declarado que "la competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales". Ahora bien, "el ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los ayuntamientos no puede [...] traducirse [...] en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas". "Por ello puede resultar útil [...] el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar."[14]

El Supremo sigue así la línea apuntada por el Tribunal Constitucional de servirse del principio de proporcionalidad para resolver cuestiones relativas a la distribución de competencias entre administraciones públicas,[15] y no sólo para juzgar la

11. Apartado 3 de la COM (2000) 1, de 1 de febrero, sobre el recurso al principio de precaución.
12. *Ibídem*, apartado 6.3.5. La cursiva es nuestra.
13. STC 15/1998 (FJ 3), 110/1998 (FJ 2), 166/2000 (FJ 3), 38/2002 (FJ 7) y 123/2003 (FJ 2).
14. STS de 24 de enero de 2000 (RJ 331), 18 de junio de 2001 (RJ 8744) y 15 de diciembre de 2003 (RJ 2004/326).
15. A favor de la utilización de este principio como criterio delimitador de las competencias locales, *vid.* Ortega Álvarez, "El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local", *Anuario del Gobierno Local*, 1997, pág. 99 y ss. En contra, *vid.* Sarmiento, "El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local", RAP, 162, 2003, pág. 145 y ss.

ISBN: 84-609-8956-9

licitud de las restricciones impuestas a los derechos fundamentales. Aunque debe notarse que ambos problemas se hallan estrechamente relacionados en este caso. Si el municipio entorpece desproporcionadamente el funcionamiento de las telecomunicaciones o el suministro de energía eléctrica, estará perturbando la competencia de que dispone el Estado para regular estas actividades, pero también restringiendo inconstitucionalmente la libertad empresarial de los prestadores de los servicios.

4. La intervención municipal en el ámbito de las instalaciones de radiocomunicación

4.1. La suspensión del otorgamiento de licencias y otras medidas precautorias

Cuando en 2001 estalló la polémica de las antenas a raíz del caso del colegio vallisoletano, numerosos municipios suspendieron temporalmente el otorgamiento de licencias de instalaciones de telefonía móvil como medida precautoria para proteger la salud frente a las inquietantes radiaciones electromagnéticas, al margen de que ocasionalmente pretextaran el impacto visual de las instalaciones.

No creemos que las disposiciones legales que prevén la posibilidad de suspender el otorgamiento de licencias urbanísticas amparen una medida tal.[16] La finalidad de esta suspensión es evitar que puedan consolidarse situaciones incompatibles con el nuevo planeamiento urbanístico en tramitación. Pero aquí ese peligro no existe, pues, como más adelante se verá, los ayuntamientos pueden obligar a las empresas afectadas a adaptar las instalaciones autorizadas a la nueva normativa en un plazo razonable, relativamente corto.

Ello no impide que esta razonable medida pueda fundarse en otras normas jurídicas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que el principio de cautela o precaución reconocido en el artículo 174.2 del Tratado permite a las autoridades comunitarias "adoptar con carácter provisional medidas de protección preventivas sobre una base científica aún incompleta y a la espera de datos científicos complementarios".[17] Pero resulta extremadamente dudoso que un supuesto principio que no está reconocido de modo explícito y general en el Derecho español permita a los ayuntamientos –recordemos que el artículo citado se refiere sólo a la política de la Unión– adoptar *praeter* o *contra legem* medidas restrictivas de la libertad, excepcionando el principio de legalidad establecido en el artículo 53.1 de la Constitución.

A nosotros nos parece más plausible entender que estas medidas podían haber sido dictadas en cumplimiento de la obligación de los poderes públicos de proteger los derechos fundamentales a la vida y la integridad física.[18] Los derechos fundamentales imponen a los poderes públicos no sólo la obligación negativa de abs-

16. *Vid.*, en este sentido, las STSJ del País Vasco de 20 de mayo de 2003 (JUR 182504), 27 de mayo de 2003 (JUR 182830) y 12 de junio de 2003 (JUR 190309), así como las STSJ de Cataluña de 8 de abril de 2004 (JUR 195300), 25 de junio de 2004 (JUR 220238) y 9 de julio de 2004 (JUR 288759). La mayoría de la jurisprudencia, en cambio, ha considerado válidas estas medidas; *vid.*, por todas, la STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2004 (JUR 156623).

17. STPI de 11 de noviembre de 2002 (*Pfizer Animal Health*, T-13/99, § 387).

18. *Vid.*, con más detalle, nuestro trabajo *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, CEPC, Madrid, en prensa.

ISBN: 84-609-8956-9

tenerse de perjudicarlos o ponerlos en peligro, sino también la obligación positiva de protegerlos frente a los riesgos que se ciernen sobre ellos.[19] Y recordemos que la vinculación de todos los poderes públicos a estos derechos tiene carácter inmediato, sin necesidad de intermediación de las leyes o incluso en contra de lo dispuesto en ellas.[20]

A nuestro juicio, este deber de protección justificaba que las administraciones locales, en aquellos momentos iniciales de gran incertidumbre en los que además faltaba una normativa estatal o autonómica que regulara específicamente el problema, adoptaran medidas precautorias y provisionales como ésta u otras, fijando, por ejemplo, los límites máximos de inmisión electromagnética que las empresas de telecomunicaciones debían respetar en tanto el Estado o la correspondiente comunidad autónoma no colmaran la laguna, máxime cuando dichos límites coincidían con los recomendados por la Unión Europea y la ICNIRP.[21]

Otra cuestión distinta es que estas medidas conservadoras deban ser retiradas cuando posteriormente mejora la información disponible, las administraciones públicas mejor pertrechadas para decidir sobre temas tan complejos y controvertidos científicamente intervienen, actúan sus mejores posibilidades cognoscitivas a través del procedimiento debido, consideran que el riesgo electromagnético no es tan preocupante como en un principio algunos temían y regulan específicamente el problema.

4.2. La ordenación de los límites máximos de inmisión electromagnética

4.2.1. La regulación estatal

En virtud del precepto legal que habilitaba al Gobierno para determinar "los niveles de emisión radioeléctrica tolerables y que no supongan un peligro para la salud pública",[22] se dictó 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 y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas (en adelante, RCEM).

La primera de estas medidas consiste en que los titulares de las instalaciones de radiocomunicación están obligados a "minimizar los niveles de exposición del público en general a las emisiones radioeléctricas con origen tanto en éstas como,

19. *Vid.*, entre otras, las STC 53/1985 (FJ 4), 120/1990 (FJ 7) y 181/2000 (FJ 8).

20. *Vid.* las STC 80/1982 (FJ 1), 15/1982 (FJ 8), 185/1988 (FJ 3), 71/1992 (FJ 3) y 31/1994 (FJ 7).

21. Sobre este último punto, en contra, *vid.* la STSJ de Andalucía de 3 de octubre de 2002 (JUR 2003/41546) y las STSJ Cataluña de 22 de mayo de 2003 (RJCA 2004/167), 23 de diciembre de 2003 (JUR 2004/30532) y 29 de abril de 2004 (JUR 194604).

22. El nuevo artículo 44.1.a) de la Ley de 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones, añade: "[...] en concordancia con lo dispuesto por las recomendaciones de la Comisión Europea. *Tales límites deberán ser respetados, en todo caso, por el resto de administraciones públicas, tanto autonómicas como locales.*" Este ambiguo inciso último admite dos interpretaciones: de acuerdo con la primera, los niveles referidos constituyen un mínimo de protección ambiental, de modo que las restantes administraciones pueden establecer niveles más rigurosos; de acuerdo con la segunda, éstas no pueden elevar ni reducir los niveles fijados por el Gobierno. Con independencia de cuál haya sido la intención del legislador, es claro que sólo la primera interpretación es conforme con el artículo 149.1.23 de la CE. En el mismo sentido, *vid.* VV.AA., *Comentarios a la Ley general de telecomunicaciones*, dir. Cremades y Rodríguez-Arana, La Ley, Madrid, 2004, pág. 595.

ISBN: 84-609-8956-9

en su caso, en los terminales asociados a las mismas, manteniendo una adecuada calidad del servicio" [artículo 8.7.a)]; "de manera particular, la ubicación, características y condiciones de funcionamiento de las estaciones radioeléctricas debe minimizar, en la mayor medida posible, los niveles de emisión sobre espacios sensibles, tales como escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos" [artículo 8.7.d)]. Obviamente, estos preceptos no obligan a reducir a cero las inmisiones, lo cual sería fácticamente posible pero desproporcionado, pues implicaría la prohibición absoluta de la radiocomunicación. Lo que aquí se establece es una obligación que aparece implícita o explícitamente, con estas u otras palabras, cada vez con más frecuencia en nuestra legislación: la de reducir un riesgo hasta donde ello sea posible utilizando las mejores técnicas disponibles que no supongan costes excesivos.[23]

El problema es que no está nada claro, a la vista de la incertidumbre científica existente, cuál es ese punto óptimo de equilibrio en el que debe mantenerse el riesgo electromagnético. Por ello, el RCEM ha establecido una segunda medida: la prohibición categórica de que, en las zonas donde puedan permanecer habitualmente las personas, las inmisiones superen los límites establecidos en su anexo II (artículo 6.II). De esta manera se fija un umbral que permite juzgar con precisión la nocividad o nocividad de las inmisiones, con la ganancia para la certeza jurídica que ello supone. Los límites fijados son los establecidos en la Recomendación del Consejo de la Unión Europea 1999/519, de 12 de julio, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos,[24] que, a su vez, son los propuestos en las directrices para limitar la exposición a campos eléctricos, magnéticos y electromagnéticos de tiempo variable aprobadas por la *International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection* (ICNIRP) en 1998.[25]

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

23. *Vid.* ESTEVE PARDO, "La adaptación...", pág. 48 y ss.

24. DO L 199, de 30 de julio de 1999.

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

ISBN: 84-609-8956-9

público en general y de diez para la exposición por razón del trabajo. Por lo demás, se señala que el cumplimiento de las directrices no excluye eventuales interferencias o efectos no deseados sobre prótesis metálicas, marcapasos y otros implantes médicos.

4.2.2. El endurecimiento municipal de los límites máximos

Algunas comunidades autónomas han establecido una regulación similar. Por un lado, obligan a minimizar el impacto ambiental de las instalaciones. Por otro, prohíben categóricamente superar ciertos límites de inmisión, que difieren notablemente según la comunidad. El legislador castellano-manchego, por ejemplo, ha fijado con carácter general los valores propuestos por la ICNIRP reducidos aproximadamente a la mitad, aunque, "en virtud del principio de precaución", también considerado "pertinente establecer, hasta que existan estudios científicos concluyentes sobre las consecuencias para la salud pública, un mayor margen de protección" en dos supuestos: en el suelo urbano, el límite (10 microvatios por centímetro cuadrado de densidad de potencia) es entre cuarenta y cinco y cien veces inferior al recomendado por la ICNIRP; en el interior de los centros educativos, sanitarios y residencias de mayores, "donde residen o concentran personas más vulnerables o sensibles a los campos electromagnéticos", el límite (0,1 microvatios por centímetro cuadrado) es entre cuatro mil quinientas y diez mil veces inferior.[26] La ley dice en su preámbulo haber tomado como referencia para establecer esos niveles la llamada *Recomendación de Salzburgo*,[27] lo cual no es del todo exacto, pues ésta aconsejaba, de un lado, que el "conjunto de todas las inmisiones electromagnéticas de alta frecuencia" no superara los 10 microvatios por centímetro cuadrado y, de otro, que la "suma de las inmisiones de alta frecuencia, moduladas con bajas frecuencias pulsantes, provenientes de instalaciones de telefonía móvil tales como las estaciones base GSM" no alcanzara los 0,1 microvatios por centímetro cuadrado.

Varias ordenanzas municipales también han endurecido espectacularmente los límites máximos de inmisión. Sirva como botón de muestra la de Granada, que dispone que no podrán superarse los 0,1 microvatios por centímetro cuadrado de densidad de potencia "en toda zona o espacio ocupado por el público en general".[28]

La legalidad de las ordenanzas locales en este punto es más que dudosa. Para ser considerados proporcionados y no arbitrarios, los límites máximos de inmisión deberían ser el resultado de una seria y cuidadosa evaluación científica del riesgo electromagnético, así como de un intento riguroso de cuantificar los beneficios y costes de esta regulación. Antes de imponer la obligación de respetar, *cueste lo que cueste*, niveles de inmisión miles de veces inferiores a los establecidos por el RCEM, los municipios deben justificar debidamente la utilidad, necesidad y proporcionalidad de esta medida. Por un

26. Anexo 3 de la Ley de Castilla-La Mancha 8/2001. La ICNIRP recomienda unos límites de: 4,5 W/m^2, para una frecuencia de emisión de 900 MHz (utilizada por la tecnología GSM); 9 W/m^2, para una de 1800 MHz (DCS); y 10 W/m^2, para una de 2000 MHz (UMTS).

27. Recomendación firmada a título personal por veinte expertos, en el marco de la Conferencia Internacional celebrada en Salzburgo (Austria) los días 7 y 8 de Junio de 2000 (www.land-sbg.gv.at/celltower/english/salzburg_resolution_e.pdf).

28. Artículo 4 de la Ordenanza de 29 de junio de 2001 (BOP núm. 164, de 19 de julio).

ISBN: 84-609-8956-9

lado, deben acreditar mediante "datos científicos fiables" que la normativa estatal protege insuficientemente la salud. Por descontado, no hace falta probarlo con absoluta certeza, pero sí al menos contar con el apoyo de opiniones merecedoras de crédito científico y expresar razones sólidas por las cuales ha de preferirse una opinión que es minoritaria entre la comunidad científica. Por otro lado, deben tratar de cuantificar los costes y beneficios derivados del establecimiento de unos niveles tan estrictos, para demostrar que las ventajas de esta regulación superan a sus desventajas.

No creemos que la llamada *Recomendación de Salzburgo* constituya un fundamento suficiente para imponer el respeto *a toda costa* de los niveles de inmisión referidos. Desde luego, este documento no merece tanto crédito científico como las directrices de la ICNIRP. En primer lugar, porque únicamente refleja la opinión formulada a título personal por unos pocos expertos, en concreto sólo por veinte de los doscientos noventa y tres participantes en la Conferencia Internacional de Salzsburgo.[29] En segundo lugar, porque en ella no se explicitan los fundamentos científicos sobre los que la misma descansa ni de qué manera hay que deducir de ellos conclusiones sobre efectos causales.[30] La recomendación no razona cómo se han determinado los niveles recomendados, ni tampoco explica por qué se han propuesto éstos y no otros. Se trata, pues, de una recomendación carente de motivación, arbitraria.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que para imponer una regulación precautoria como ésta no basta con la tramitación de un *procedimiento previo* en el que se evalúen científicamente los riesgos y se precisen los costes y beneficios de las alternativas. Como ya hemos visto, la Administración debe llevar a cabo un riguroso *seguimiento posterior* de la regulación establecida, al objeto de justificar su mantenimiento o modificación: "las investigaciones científicas deberán proseguir para obtener datos más completos"; "las medidas basadas en el principio de precaución deben ser revisadas y, si fuere necesario, modificadas en función de los resultados de la investigación y del seguimiento de su impacto". Pues bien, mucho nos tememos que los ayuntamientos no han cumplido estas obligaciones, entre otras razones porque no son los sujetos mejor situados para ello. Tenemos la impresión de que son otras las administraciones que disponen de los medios más adecuados para observar constantemente el progreso de la ciencia y la técnica a fin de regular con las mayores garantías de acierto esta realidad.[31]

No es de extrañar, por todo ello, que nuestros tribunales, cuando han tenido ocasión, hayan declarado ilegales las ordenanzas municipales que elevaban los límites máximos de inmisión previstos en el RCEM.[32] Lo cual, por cierto, contrasta con la jurisprudencia que ha declarado la validez de las disposiciones autonómicas que hacían lo propio.[33]

29. Como advierte la STSJ de Andalucía de 18 de marzo de 2003 (RJCA 869).

30. Sentencia del *Oberlandesgericht Frankfurt* de 28 de noviembre de 2000 (CR, 2001, pág. 837).

31. En sentido similar, *vid.* la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de junio de 2004 (JUR 2005/1717).

32. *Vid.* las STSJ de Andalucía de 1 de octubre de 2002 (JUR 2003/41497), 3 de octubre de 2002 (JUR 2003/41546) y 18 de marzo de 2003 (RJCA 869), así como las STSJ de Aragón de 24 de mayo de 2004 (RJCA 892), 26 de mayo de 2004 (RJCA 893) y 9 de junio de 2004 (RJCA 784). En cambio, el artículo 7.3 del Decreto riojano 40/2002, de 31 de julio, que fija para los "espacios sensibles que se refieran a centros sanitarios, escolares y centros asistenciales de las personas mayores" unos niveles máximos de inmisión diez veces inferiores a los establecidos en el RCEM, ha sido considerado válido por las STSJ de La Rioja de 29 de marzo de 2004 (JUR 153572) y 13 de mayo de 2004 (RJCA 583).

33. *Vid.* las STSJ de La Rioja de 29 de marzo de 2004 (JUR 153572) y 13 de mayo de 2004 (RJCA 583), las STSJ de Castilla y León de 3 de septiembre de 2003 (JUR 2004/240626) y 20 de octubre de 2003 (RJCA 2004/756), así como la STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2003 (JUR 2004/40236). En contra, *vid.* la STSJ de La Rioja de 6 de abril de 2004 (JUR 200593).

ISBN: 84-609-8956-9

4.3. La ordenación de los emplazamientos

Algunos ayuntamientos han prohibido por razones sanitarias la localización de las instalaciones en algunos tipos de suelo (urbano-residencial, urbano, urbanizable, etc.) y/o fijado "distancias mínimas de seguridad", es decir, han establecido que los elementos radiantes de las instalaciones deben guardar como mínimo una determinada distancia respecto de ciertas zonas (suelo urbano, suelo residencial, centros escolares, etc.) que supera de largo a la que resultaría de aplicar los límites de inmisión electromagnética previstos en la normativa estatal.

La proporcionalidad de estas medidas es muy dudosa, en primer lugar, porque el alejamiento de las instalaciones respecto de las zonas habitadas puede ser inútil o incluso contraproducente, pues las antenas "habrán de emitir a mayor potencia para dar cobertura, desde su lugar de ubicación, a la zona urbana, con lo que el nivel de exposición de la población que se sitúe próxima a las estaciones aumentará. Asimismo, consecuencia del aumento de la potencia, también será mayor la exposición a las emisiones que resulten de los terminales que los ciudadanos usen en la zona urbana".[34] En segundo lugar, cabe pensar en otras alternativas que aseguren una protección equivalente o incluso superior con un menor coste: algunos expertos señalan que el aumento de la concentración de instalaciones en ámbitos urbanos permite no sólo mejorar la calidad del servicio sino también reducir la potencia de emisión y, con ello, los niveles de exposición de las personas a las radiaciones. Por último, resulta muy discutible que las ventajas derivadas del régimen de distancias –aunque supongamos que no existen alternativas preferibles al mismo– superen a sus inconvenientes. Es difícil que el beneficio asociado a la reducción de un riesgo ya muy escaso alcance a compensar los costes de una reducción tal –v. gr., derivados del traslado de las instalaciones lícitamente construidas antes de la entrada en vigor del régimen u ocasionados como consecuencia de una pérdida de calidad del servicio.

No sorprende, pues, que dichas medidas hayan sido consideradas por la abrumadora mayoría de la jurisprudencia como "desproporcionadas", "arbitrarias", "caprichosas", "puramente voluntaristas", "carentes de justificación alguna".[35]

34. Informe de la CMT de 21 de febrero de 2002. En el mismo sentido, *vid.* la STSJ de Cantabria de 1 de marzo de 2004 (JUR 84130).

35. STSJ de Andalucía de 1 de octubre de 2002 (JUR 2003/41497), 3 de octubre de 2002 (JUR 2003/41546) y 18 de marzo de 2003 (JUR 869). *Vid.*, también, las STSJ de Aragón de 24 de mayo de 2004 (RJCA 892), 26 de mayo de 2004 (RJCA 893) y 9 de junio de 2004 (RJCA 784), las STSJ de Murcia de 30 de enero de 2003 (JUR 75976) y 16 de abril de 2003 (RJCA 797) y las STSJ Castilla y León de 22 de septiembre de 2003 (JUR 2004/320), 7 de noviembre de 2003 (JUR 272837), 12 de diciembre de 2003 (JUR 2004/85244) y 9 de enero de 2004 (JUR 85327). La STSJ de Canarias de 29 de julio de 2004 (JUR 269946), por ejemplo, dice que "la prohibición absoluta de infraestructuras de telecomunicaciones sobre suelo urbano, urbanizable y en asentamientos rurales choca con la regulación estatal en materia de telecomunicaciones, y no se justifica mediante el principio de precaución. Ni la normativa estatal ni la comunitaria avalan una prohibición radical de las infraestructuras de telecomunicaciones que produzcan emisiones radioeléctricas en zonas habitadas. Se limitan a establecer unas distancias de seguridad para proteger a la población de las radiaciones, que se consideran precaución suficiente para evitar riesgos para la salud. Tampoco se justifica la prohibición mediante informes técnicos obrantes en el expediente administrativo, que aconsejen adoptar una medida tan drástica. Lo cierto es que la prohibición de estas instalaciones en suelo urbano y urbanizable afecta notablemente al servicio que prestan las operadoras de telecomunicaciones en el municipio, las cuales tendrán problemas para dar una adecuada cobertura a todas las zonas de un municipio con una orografía complicada y con núcleos urbanos dispersos. Por lo tanto, consideramos que la citada prohibición [...] debe ser anulada por establecer restricciones desproporcionadas".

ISBN: 84-609-8956-9

Hay, sin embargo, algunas resoluciones que se han apartado de esta línea jurisprudencial mayoritaria. La STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de marzo de 2003[36] considera desproporcionada la prohibición de ubicar instalaciones de telefonía móvil en suelo urbano o urbanizable o a menos de cien metros de una vivienda, pero no hace lo propio respecto de la prohibición de emplazar las instalaciones a menos de trescientos metros de centros educativos, sanitarios, geriátricos u análogos, aduciendo, entre otros motivos, "el hecho de no afectar esta medida a la correcta cobertura de la telefonía móvil en Albatera dada la notoria singularidad de [estos] espacios". La STSJ de Cantabria de 1 de marzo de 2004 (JUR 84130), por su parte, estima que si bien la exigencia de que las antenas se instalen en suelo no urbanizable resulta "desproporcionada e irracional a la vista del informe, que consta en el expediente administrativo, emitido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología", la prohibición de instalar estaciones base a menos de 250 metros de una vivienda y 500 de un centro geriátrico, sanitario, educativo o análogo es válida, pues "la parte demandante no ha acreditado que [la misma llegue] a impedir la instalación de las antenas que cuenten con autorización y aprobación del Estado".[37] Este último razonamiento nos parece inaceptable, en primer lugar, porque no hace falta que dicha prohibición impida absolutamente la prestación de los servicios de radiocomunicación para considerarla lesiva de la libertad empresarial: basta con que entorpezca injustificadamente la realización de esta actividad. En segundo lugar, porque invierte el principio, basilar en un Estado de derecho, de que la libertad es la regla general y las restricciones a la misma la excepción. Lo conforme con este principio es que dichas restricciones sólo pueden considerarse lícitas cuando vengan respaldadas por razones sólidas que las justifiquen. En consecuencia, la carga de probar la proporción o desproporción de la restricción no ha de atribuirse por entero al ciudadano. La Administración debería acreditar, cuando menos, la *necesidad* de tal régimen de distancias.

4.4. La obligación de utilizar las mejores técnicas disponibles a fin de minimizar las inmisiones

Muchas ordenanzas obligan a los titulares de las instalaciones a minimizar su impacto ambiental, imponiéndoles incluso la utilización de las mejores técnicas disponibles a tal efecto. Esta regulación nos parece proporcionada siempre que se entienda que la minimización ha de llegar hasta donde sea técnicamente viable y no implique costes excesivos.[38] Discrepamos, pues, de la jurisprudencia –minoritaria– que ha declarado ilegal dicha cláusula aduciendo que corresponde "al Ministerio de Fomento y en su caso a las comunidades autónomas la evaluación de

36. Sección Tercera, recursos acumulados 1339 y 1389/2001 (ponente: Nieto Martín).

37. La STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2003 (JUR 2004/40236) considera lícito el régimen de distancias establecido en el Decreto catalán 148/2001, de 29 mayo, aduciendo que "la parte demandante no ha propuesto la práctica de prueba alguna para intentar acreditar su incorrección, desproporción, inconveniencia o exceso".

38. En sentido similar, *vid.* la STSJ de Canarias de 14 de julio de 2000 (RJCA 2767). La STSJ de Castilla y León de 3 de septiembre de 2003 (JUR 2004/240626) declara la validez de una norma semejante contenida en el Decreto castellano-leonés 267/2001.

ISBN: 84-609-8956-9

la conformidad de equipos y aparatos y [que] en esta materia carecen los ayuntamientos de competencia para elegir o imponer una concreta tecnología y mucho menos de la forma genérica e inespecífica recogida en el precepto citado".[39]

Los ayuntamientos sí son competentes para controlar e incluso regular en cierta medida los aspectos urbanísticos y medioambientales de las instalaciones de radiocomunicación. Para lo cual, inevitablemente, habrán de exigir y verificar que éstas se ajustan a determinados requisitos –tecnológicos– de ubicación, características y funcionamiento encaminados a minimizar las inmisiones, como bien dice el propio artículo 8.7 del RCEM. Y, a estos efectos, el empleo del concepto jurídico indeterminado "mejores técnicas disponibles" no otorga a la Administración un excesivo margen de apreciación,[40] como lo indica el hecho de que constituye moneda corriente en los ordenamientos jurídicos español y comunitario. Otro juicio merecen algunos preceptos que contemplan la posibilidad de que las autoridades municipales impongan la modificación de las instalaciones, sin indemnización, cuando así lo exijan razones de interés público, que no se especifican. Este supuesto sí que está descrito en términos injustificadamente vagos y, por lo tanto, incompatibles con el mandato de tipicidad insito en el artículo 53.1 de la Constitución.[41]

La referida obligación suele configurarse con un carácter dinámico: debe utilizarse la mejor tecnología disponible *en cada momento* para reducir hasta donde sea posible el impacto ambiental negativo de las infraestructuras. Para implementar esa protección dinámica del medio ambiente cabe utilizar varias técnicas. Por lo general, las ordenanzas disponen que las licencias municipales relativas a las infraestructuras de radiocomunicación *podrán* ser revisadas y modificadas cada cierto tiempo, normalmente, dos o tres años. Sin embargo, alguna ordenanza las sujeta a un término resolutorio: se limita la duración de la licencia por un plazo semejante a cuya finalización podrá ser renovada previa solicitud o modificada a fin de minimizar su impacto ambiental.

También aquí se está produciendo una jurisprudencia contradictoria. El Supremo y la mayoría de los tribunales superiores de justicia estiman lícitas dichas cláusulas, pues si bien "es cierto que el artículo 15.1 del RSCL establece que las licencias relativas a instalación tienen vigencia mientras subsista ésta [...] también lo es que la normativa sectorial puede limitar el plazo de ciertas licencias. Y, en el presente caso, la temporalidad que contempla el precepto de la ordenanza no es incompatible con el régimen de la clase de licencia de que se trata, que permite determi-

39. *Vid.* las STSJ de Cataluña de 28 de junio de 2002 (RJCA 1003), 22 de mayo de 2003 (RJCA 2004/167), 13 de noviembre de 2003 (JUR 2004/5042), 23 de diciembre de 2003 (JUR 2004/30532), 12 de febrero de 2004 (JUR 156392) y 29 de abril de 2004 (JUR 194604) y la STSJ de Canarias de 12 de marzo de 2004 (RJCA 484). *Vid.*, también, las STSJ de Castilla y León de 12 de diciembre de 2003 (JUR 2004/85244) y 9 de enero de 2004 (JUR 85327).

40. Admiten la licitud de las ordenanzas locales en este punto la STS de 15 de diciembre de 2003 (RJ 2004/326), las STSJ de Andalucía de 1 de octubre de 2002 (JUR 2003/41497), 3 de octubre de 2002 (JUR 2003/41546) y 18 de marzo de 2003 (RJCA 869), las STSJ de Cantabria de 17 de junio de 2003 (RJCA 916) y 19 de septiembre de 2003 (JUR 2004/99656) y las STSJ de Aragón de 26 de mayo de 2004 (RJCA 893) y 9 de junio de 2004 (RJCA 784).

41. Según la STSJ de Andalucía de 10 de abril de 2003 (JUR 218025), "la mención a unos genéricos y desorbitantes intereses públicos [...] subvierte el esquema y la legislación general de las licencias urbanísticas, convirtiendo éstas en actos discrecionales no declarativos de derechos, introduciendo una inseguridad jurídica que constituye un exceso competencial prohibido".

ISBN: 84-609-8956-9

naciones accesorias, como es la que constituye el señalamiento de un determinado plazo de vigencia, siempre que estén previstas en la correspondiente disposición general, y resulten adecuadas al cumplimiento de la finalidad a que responde el acto de intervención administrativa".[42]

Algunos tribunales, en cambio, entienden que los ayuntamientos no pueden limitar la duración de las licencias a dos o tres años, porque ello constituye una "restricción inadmisible, pensando que el tiempo de vida previsto para una de estas instalaciones es de diez años",[43] o porque se convierte la licencia en temporal "al margen de la normativa local y medioambiental aplicable [en la correspondiente comunidad autónoma], que contempla ya la temporalidad de estas licencias al sujetarlas a revisión periódica, pero cada ocho años, salvo las revisiones de oficio [que sólo proceden] cuando se constaten y concurran las siguientes circunstancias: 1) importantes cambios en las mejores técnicas disponibles, 2) validadas por la Unión Europea, 3) que permitan reducir significativamente las emisiones y 4) sin imponer costes excesivos".[44]

La posibilidad de que la Administración revise y modifique una licencia de actividad por una alteración de las circunstancias –v. gr., un cambio del estado de los conocimientos científicos o de las mejores técnicas disponibles– que se tuvieron en cuenta al otorgarla está reconocida jurisprudencialmente desde antiguo. Su licitud nos parece incuestionable siempre que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, los beneficios derivados de la modificación superen a sus costes.

Otra cosa es someter la licencia a término resolutorio, si bien con posibilidad de renovarla previa solicitud. Ello resulta mucho más restrictivo para el interesado, pues aun en el caso de que no se hayan alterado las circunstancias determinantes del otorgamiento de la licencia, se verá obligado a solicitar periódicamente su renovación, acreditar que no concurren los supuestos de hecho que justificarían su modificación y pagar eventualmente las correspondientes tasas. Tal solución, con los costes que conlleva, sólo puede ser aceptable cuando el riesgo de que cambien las circunstancias durante el plazo de validez de la licencia sea muy elevado, y siempre que el referido plazo sea lo suficientemente amplio como para amortizar en una medida razonable el coste de la tecnología inicialmente empleada. Pues bien, no creemos que tales requisitos se cumplan aquí. No nos parece muy probable que en dos escasos años se produzcan progresos tecnológicos significativos que permitan reducir las inmisiones electromagnéticas en una medida lo suficientemente importante como para compensar los notables costes que seguramente ocasionará la sustitución de unas instalaciones que normalmente

42. STS de 15 de diciembre de 2003 (RJ 2004/326). *Vid.*, también, la STSJ de Canarias de 14 de julio de 2000 (Aranzadi 2767), las STSJ de Cantabria de 17 de junio de 2003 (RJCA 916), 19 de septiembre de 2003 (JUR 2004/99656) y 1 de marzo de 2004 (JUR 84130) y las STSJ de Aragón de 24 de mayo de 2004 (RJCA 892), 26 de mayo de 2004 (RJCA 893) y 9 de junio de 2004 (RJCA 784).

43. STSJ de Murcia de 23 de febrero de 2004 (JUR 138553). Según la STSJ de Canarias de 19 de septiembre de 2003 (JUR 2004/25598), ello "causaría graves perjuicios a los operadores al tener que incorporar a sus instalaciones medios técnicos más avanzados, aparecidos en el mercado después de concederse la licencia, en el corto espacio de tiempo de cuatro años". *Vid.*, también, la STSJ de Andalucía de 3 de octubre de 2002 (JUR 2003/41546).

44. STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2003 (RJCA 2004/166 y 167), 13 de noviembre de 2003 (JUR 2004/5042), 23 de diciembre de 2003 (JUR 2004/30532), 12 de febrero de 2004 (JUR 156392) y 29 de abril de 2004 (JUR 194604). *Vid.* también, aunque referida a la licencia de obras, la STSJ de Canarias de 12 de marzo de 2004 (RJCA 484).

ISBN: 84-609-8956-9

estarán muy lejos de haber sido amortizadas. Y, desde luego, resulta a todas luces antijurídico que un ayuntamiento fije un plazo de duración de las licencias (¡hasta cuatro veces!) menor que el previsto imperativamente en la correspondiente legislación autonómica.

4.5. Los controles administrativos previos

4.5.1. La presentación o aprobación del plan de implantación de la red

Aquí se ha planteado, en primer lugar, si los ayuntamientos pueden obligar a los titulares de las infraestructuras a presentar un plan de implantación –o "programa de desarrollo"– de su red en el término municipal, que ha de contener, entre otros puntos, la justificación de las soluciones propuestas para proporcionar la debida cobertura y minimizar el impacto estético y ambiental. La presentación y, en algún caso, la aprobación municipal del plan constituyen requisitos *sine qua non* para otorgar las licencias de obras y de actividad correspondientes a cada concreta instalación.

El Tribunal Supremo ha considerado esta regulación ajustada a Derecho: condicionar la autorización de cada instalación a la previa aprobación municipal del plan "constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia", para garantizar una buena cobertura territorial, la adecuada ubicación de las antenas y la protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano [así como la salud, podría añadirse], materias todas ellas estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales.[45] En el mismo sentido se han pronunciado casi todos los tribunales superiores de justicia.[46]

Casi todos, porque el de Cataluña sigue empeñado en mantener la postura contraria esgrimiendo, por un lado, "la imposibilidad técnica de presentar los proyectos de desarrollo", "pues no pueden conocerse *a priori* las necesidades futuras del servicio de telefonía móvil, ni cuál será su demanda, ni en qué zonas, ni tampoco cómo serán o deberán ser las futuras posibles antenas dados los constantes avances de la técnica que harían que en definitiva el programa quedase superado en poco tiempo", y, por otro, que al no existir en los términos municipales "una regulación general específica sobre instalaciones de radiocomunicación a la cual sujetarse la Administración a la hora de dar licencias y a la que atenerse los solicitantes", los correspondientes programas, al aprobarse o denegarse sin una normativa específica previa al respecto, podrían dar lugar a decisiones arbitrarias por subjetivas.[47] Y el de Murcia,[48] por su parte, ha declarado ilegales en este punto algunas

45. STS de 18 de junio de 2001 (RJ 8744) y 15 de diciembre de 2003 (RJ 2004/326).

46. *Vid.* las STSJ de Canarias de 14 de julio de 2000 (RJCA 2767) y 12 de marzo de 2004 (RJCA 484), las STSJ de Castilla y León de 22 de septiembre de 2003 (JUR 2004/320), 7 de noviembre de 2003 (JUR 272837), 12 de diciembre de 2003 (JUR 2004/85244) y 9 de enero de 2004 (JUR 85327), las STSJ de Andalucía de 1 de octubre de 2002 (JUR 2003/41497), 3 de octubre de 2002 (JUR 2003/41546) y 18 de marzo de 2003 (RJCA 869), las STSJ de Cantabria de 20 de septiembre de 2002 (RJCA 1196), 14 de marzo de 2003 (JUR 69257), 17 de junio de 2003 (RJCA 916) y 19 de septiembre de 2003 (JUR 2004/99656), la STSJ de Aragón de 30 de junio de 2004 (JUR 268020) y las STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de abril de 2004 (JUR 2005/2734) y 30 de junio de 2004 (JUR 2005/1717).

47. *Vid.* las STSJ de Cataluña de 28 de junio de 2002 (RJCA 1003), 22 de mayo de 2003 (RJCA 2004/166 y 167), 13 de noviembre de 2003 (JUR 2004/5042), 23 de diciembre de 2003 (JUR 2004/30532), 12 de febrero de 2004 (JUR 156392) y 29 de abril de 2004 (JUR 194604).

48. STSJ de Murcia de 30 de enero de 2003 (JUR 75976) y 16 de abril de 2003 (RJCA 797).

ISBN: 84-609-8956-9

ordenanzas debido a que en su procedimiento de aprobación no se respetó lo dispuesto en el artículo 44.3 de la Ley 11/1998, general de telecomunicaciones, según el cual "los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recabar del órgano competente del Ministerio de Fomento el oportuno informe, a efectos de determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones. Los diferentes instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, señaladas en los informes del Ministerio de Fomento".[49]

El argumento de la imposibilidad de precisar *a priori* las necesidades futuras del servicio de telefonía móvil, así como la ubicación y características de las futuras instalaciones, no resulta atendible, en primer lugar, porque lo que se exige a las empresas es que efectúen una previsión al respecto, que, obviamente, podrá –o debería poder– ser modificada con el tiempo. En segundo término, hay que notar que los hechos desmienten, desde luego, el juicio del tribunal catalán, porque lo cierto es que en no pocos casos las empresas de telecomunicaciones sí han podido presentar los planes exigidos por las correspondientes disposiciones autonómicas y municipales. La elaboración del plan resultará más o menos difícil, pero ello "en modo alguno significa la imposibilidad de llevarlo a cabo".[50]

El argumento del tribunal murciano tampoco convence. Ni del tenor literal ni del espíritu del citado artículo 44.3 (hoy artículo 26.3 de la Ley 32/2003) se desprende que para establecer en una ordenanza municipal la obligación de presentar el referido plan de implantación de la red sea preceptivo contar con el informe de la Administración estatal. Ni las ordenanzas de antenas pueden ser consideradas "instrumentos de planificación territorial o urbanística", ni el simple hecho de establecer con carácter general la obligación de presentar un plan semejante genera el peligro de que la satisfacción de las necesidades del establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones pueda verse impedida u obstaculizada como consecuencia de una deficiente planificación, peligro que es el que pretende enervar dicho precepto. Si acaso, el referido informe debería recabarse a la hora de aprobar cada plan, pero no a la hora de fijar en la ordenanza la obligatoriedad de su aprobación.

4.5.2. La licencia de actividades clasificadas

Un problema juzgado en innumerables ocasiones es si las instalaciones de radiocomunicación están sometidas al régimen jurídico de las actividades clasificadas, de manera que requieren licencia de actividad previa o mecanismo de control equivalente, aun cuando no lo imponga expresamente la normativa autonómica reguladora de la materia. Aquí no hay unanimidad,[51] pero la mayoría de la doctrina y de los tribunales superiores de justicia se han pronunciado en sentido positivo, a nuestro juicio acertadamente, porque, como reconocen de un modo explícito diversas disposiciones legales y reglamentarias, los campos electromagnéticos cre-

49. *Vid.*, en el mismo sentido, el artículo 26.3 de la vigente Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones.

50. STSJ de La Rioja de 13 de mayo de 2004 (RJCA 583).

ISBN: 84-609-8956-9

ados por las instalaciones de radiocomunicación *pueden* ser perjudiciales para la salud humana, por lo que su funcionamiento merece cuando menos la calificación de insalubre.[52]

El que dichas instalaciones requieran una autorización estatal no ha de llevarnos a la conclusión contraria, pues "la naturaleza y finalidades de las licencias municipales de actividad clasificada [...] y la licencia estatal de telefonía son esencialmente distintas": mientras que con esta última se verifica que las infraestructuras proyectadas cumplen todos los requisitos de ubicación, características y funcionamiento establecidos en la normativa estatal a fin de asegurar la correcta prestación del servicio de telecomunicaciones, con aquélla se controlan sus eventuales consecuencias sanitarias y ambientales.[53]

4.6. La contratación forzosa de un seguro de responsabilidad civil y la prestación obligatoria de una fianza

Muchos ayuntamientos han exigido en sus ordenanzas a las empresas de radiocomunicación la contratación de un seguro de responsabilidad civil por los eventuales daños causados a terceros. Es muy dudoso que la competencia municipal de protección del medio ambiente y la salud pública permita establecer semejante regulación, aparentemente "ajena e indiferente a la ordenación de las instalaciones y su incidencia sobre el medio ambiente, el urbanismo o la salubridad".[54] Pero lo que está claro es que dicha obligación sólo es constitucionalmente lícita si ha sido prevista por una norma de rango legal, lo que sólo en algunos ordenamientos jurídicos autonómicos es el caso.[55] A falta de la debida cobertura legal, el municipio no

51. En contra de la exigencia de licencia de actividades clasificadas, *vid.* la STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 1998 (RJCA 4019), la STSJ de Asturias de 3 de diciembre de 1999 (RJCA 4706), la STSJ de Navarra de 2 de octubre de 2002 (JUR 283127), las STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de junio de 2004 (JUR 2005/2171) y 30 de junio de 2004 (JUR 2005/1717) y las STSJ de Castilla y León de 22 de septiembre de 2003 (JUR 2004/320) y 7 de noviembre de 2003 (JUR 272837).

52. *Vid.* la STSJ del País Vasco de 16 de enero de 2001 (RJCA 456), las STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2003/8562) y 22 de mayo de 2003 (JUR 268076), las STSJ de Castilla y León de 11 de octubre de 2001 (RJCA 1360), 28 de junio de 2002 (JUR 242370), 18 de julio de 2002 (JUR 246159), 20 de septiembre de 2002 (JUR 257966), 28 de enero de 2003 (JUR 115339), 13 de febrero de 2003 (JUR 139511), 20 de octubre de 2003 (RJCA 2004/756) y 12 de mayo de 2004 (JUR 279557), la STSJ de Aragón de 25 de marzo de 2002 (JUR 196962), las STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2001 (JUR 2002/51612) y 6 de junio de 2003 (JUR 2004/34929), la STSJ de Asturias de 22 de enero de 2003 (JUR 75716), las STSJ de Murcia de 30 de enero de 2003 (JUR 75976), 31 de marzo de 2003 (JUR 124257), 16 de abril de 2003 (RJCA 797) y 29 de noviembre de 2004 (JUR 2004/77544), las STSJ de Cantabria de 17 de junio de 2003 (RJCA 916) y 1 de marzo de 2004 (JUR 84130), la STSJ de Navarra de 16 de julio de 2004 (JUR 275256), las STSJ de Aragón de 24 de mayo de 2004 (RJCA 892), 8 de junio de 2004 (JUR 268689), 9 de junio de 2004 (RJCA 784) y 10 de junio de 2004 (JUR 268615), la STSJ de Baleares de 2 de diciembre de 2003 (RJCA 2004/372) y la STSJ de La Rioja de 13 de mayo de 2004 (RJCA 583). En la doctrina, *vid.*, entre otros, Tardío Pato, "Instalaciones…", pág. 69 y ss.; Molina Giménez, *Las antenas de telefonía móvil. Régimen jurídico*, Aranzadi, Elcano, 2002, pág. 228 y ss.; Santamaría Arinas, "Contenciosos sobre antenas de telefonía móvil en Navarra", *Medio Ambiente y Derecho*, 11, 2004.

53. STS de Navarra de 16 de julio de 2004 (JUR 275256).

54. *Vid.* las STSJ de Andalucía de 1 de octubre de 2002 (JUR 41497), 3 de octubre de 2002 (JUR 41546) y 18 de marzo de 2003 (RJCA 869), la STSJ de Castilla y León de 9 de enero de 2004 (JUR 85327) y las STSJ de Cantabria de 17 de junio de 2003 (RJCA 916), 19 de septiembre de 2003 (JUR 2004/99656) y 1 de marzo de 2004 (JUR 84130) y la STSJ de Baleares de 2 de diciembre de 2003 (RJCA 2004/372).

55. *Vid.* las STSJ de Murcia de 30 de enero de 2003 (JUR 75976) y 16 de abril de 2003 (RJCA 797), así como las STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2003 (JUR 2004/40236), 23 de diciembre de 2003 (JUR 2004/30532) y 12 de febrero de 2004 (JUR 156392).

ISBN: 84-609-8956-9

puede imponer a las empresas de radiocomunicación la contratación forzosa de un seguro ni, por la misma razón, la prestación de una fianza que asegure el cumplimiento de otras responsabilidades frente a terceros o frente a la propia entidad local.[56]

4.7. El régimen jurídico transitorio establecido por las ordenanzas

En este punto la jurisprudencia es unánime: las correspondientes ordenanzas municipales pueden imponer su aplicación a las infraestructuras válidamente autorizadas con anterioridad a su entrada en vigor, en tanto en cuanto otorguen a los afectados un plazo razonable para ello.[57]

4.8. La colaboración entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales

El Tribunal Constitucional ha declarado en repetidas ocasiones que cuando varias administraciones ejercen competencias sobre una misma realidad social, a fin de asegurar que no se produzcan interferencias entre ellas, "frecuentemente resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las administraciones públicas implicadas".[58]

Sin embargo, es un hecho conocido y denunciado que Estado, comunidades autónomas y municipios han ejercido sus respectivas competencias relativas a la implantación de las infraestructuras de telecomunicaciones en general y de radiocomunicación en particular con una notable falta de cooperación y coordinación,[59] ignorándose recíprocamente.[60] La proliferación de normas de la más variada procedencia y contenido, así como establecimiento de todo tipo de complejos controles administrativos, descoordinados cuando no reduplicados, se han erigido, desde luego, en el principal obstáculo para el despliegue de las redes de telefonía móvil,[61] pero también han propiciado un incumplimiento generalizado por parte de las empresas del sector y una sensación de peligro que no ha contribuido precisamente a tranquilizar a la población.

La reciente Ley 32/2003, general de telecomunicaciones, ha tratado de remediar estas deficiencias, disponiendo la creación de un "órgano de cooperación con par-

56. *Vid.* la STSJ de Castilla y León de 9 de enero de 2004 (JUR 85327), la STSJ de La Rioja de 13 de mayo de 2004 (RJCA 583) y la STSJ de Canarias de 12 de marzo de 2004 (RJCA 484).

57. *Vid.* las STS de 18 de junio de 2001 (RJ 8744) y 15 de diciembre de 2003 (RJ 2004/326), la STSJ de Canarias de 14 de julio de 2000 (RJCA 2767), la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de abril de 2004 (JUR 2005/2734) y 30 de junio de 2004 (JUR 2005/1717), la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 20 de septiembre de 2004 (Sección Segunda, Rec. 415/2003), las STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2003 (RJCA 2004/166 y 167), las STSJ de Cantabria de 20 de septiembre de 2002 (RJCA 1196), 14 de marzo de 2003 (JUR 69257), 17 de junio de 2003 (RJCA 916) y 19 de septiembre de 2003 (JUR 2004/99656), la STSJ de Baleares de 2 de diciembre de 2003 (RJCA 2004/372) y las STSJ de Castilla y León de 7 de noviembre de 2003 (JUR 272837) y 9 de enero de 2004 (JUR 85327).

58. STC 15/1998 (FJ 3), 110/1998 (FJ 2), 166/2000 (FJ 3), 38/2002 (FJ 7) y 123/2003 (FJ 2).

59. *Vid.* MOLINA GIMÉNEZ, *Las antenas...*, pág. 128 y ss., habla de "déficits de coordinación" y de "panorama manifiestamente mejorable".

60. GONZÁLEZ GARCÍA, *Infraestructuras de telecomunicaciones y corporaciones locales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 31 y ss.

61. MUÑOZ MACHADO, en su prólogo a CABALLERO SÁNCHEZ, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, 2003, pág. 29 y ss.

ISBN: 84-609-8956-9

ticipación de las comunidades autónomas para impulsar, salvaguardando las competencias de todas las administraciones implicadas, el despliegue de las infraestructuras de radiocomunicación, en especial las redes de telefonía móvil y fija inalámbrica, de acuerdo con los principios de seguridad de las instalaciones, de los usuarios y del público en general, la máxima calidad del servicio, la protección del medio ambiente y la disciplina urbanística", a cuyas reuniones podrá ser invitada la asociación de las entidades locales de ámbito estatal con mayor implantación (disposición adicional 12). Y tratando de establecer mecanismos de colaboración para resolver problemas puntuales que se habían revelado especialmente controvertidos y mal resueltos por la legislación anterior, como los de la ubicación compartida y el uso compartido de infraestructuras.[62]

Pero mucho nos tememos que las medidas adoptadas son insuficientes. El principal problema sigue siendo la multiplicidad de controles –inarticulados, parcialmente solapados y de dudosa legalidad en algún caso– que los operadores deben soportar para desplegar sus infraestructuras: la aprobación o presentación del plan de despliegue de la red, la licencia de obras, la eventual declaración de interés comunitario a fin de emplazar las instalaciones en suelo no urbanizable, la licencia de actividades clasificadas, la autorización de instalaciones radioeléctricas que corresponde otorgar al ministerio competente, para cuya obtención el solicitante ha de presentar, entre otros documentos, "un estudio detallado, realizado por técnico competente, que indique los niveles de exposición radioeléctrica en áreas cercanas a sus instalaciones radioeléctricas en las que puedan permanecer habitualmente personas", así como un "proyecto de instalación de señalización y, en su caso, vallado que restrinja el acceso de personal no profesional a zonas en las que pudieran superarse" los límites de inmisión electromagnética establecidos en la normativa estatal,[63] la licencia de apertura municipal, la inspección o reconocimiento satisfactorio de las instalaciones que los servicios técnicos del ministerio han de realizar antes de su puesta en funcionamiento,[64] la certificación emitida por técnico competente que determinados operadores deben presentar anualmente al Ministerio y en la que se acredite que han respetado los límites referidos.[65]

5. La intervención en el ámbito de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica

Por diversas razones, casi todas las –apresuradas y miopes– medidas adoptadas por los poderes públicos para combatir la contaminación electromagnética se han limi-

62. *Vid.* el artículo 30 de la ley 32/2003. La jurisprudencia también se ha pronunciado contradictoriamente acerca de si ayuntamientos y comunidades autónomas pueden imponer dicha compartición. A favor, siempre y cuando la compartición sea técnicamente viable, *vid.* las STSJ de La Rioja de 6 de abril de 2004 (JUR 200593) y 13 de mayo de 2004 (RJCA 583), la STSJ de Aragón de 26 de mayo de 2004 (RJCA 893), la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de abril de 2004 (JUR 2005/2734), la STSJ de Baleares de 2 de diciembre de 2003 (RJCA 2004/372), y las STSJ de Andalucía de 18 de marzo de 2003 (RJCA 869), 1 de octubre de 2002 (JUR 2003/41497) y 3 de octubre de 2002 (JUR 2003/41546). En contra, *vid.* la STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2004 (JUR 194604), así como las STSJ de Castilla y León de 9 de enero de 2004 (JUR 85327), 12 de diciembre de 2003 (JUR 2004/85244), 3 de septiembre de 2003 (JUR 2004/240626) y 20 de octubre de 2003 (RJCA 2004/756).

63. Artículo 8 del Real decreto 1066/2001.

64. Artículo 9.1 del Real decreto 1066/2001.

65. Artículo 9.3 del Real decreto 1066/2001.

ISBN: 84-609-8956-9

tado a la generada por las infraestructuras de radiocomunicación, obviando la producida por otras fuentes, como los electrodomésticos y las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica, a pesar de que, según recientes datos científicos, los campos electromagnéticos producidos por estas últimas son más peligrosos para la salud que los creados por aquéllas, pues existe una "sospecha científicamente fundada", una "evidencia limitada", pero "creíble", de que la exposición a inmisiones (0,3 o 0,4 microteslas) muy inferiores a las consideradas inocuas por la ICNIRP (100 microteslas) duplica el riesgo de padecer leucemia infantil.[66]

5.1. La regulación de los límites de inmisión electromagnética

Aunque el RCEM se declara explícitamente aplicable (sólo) a las instalaciones de radiocomunicación (artículo 2), que generan campos de altas frecuencias (100 kilohercios-300 gigahercios), lo cierto es que en su anexo II también contempla niveles máximos de inmisión para los de frecuencias muy bajas (50 hercios-60 hercios), que son los producidos por las infraestructuras de transporte y distribución de energía eléctrica. La explicación es que aquí el Gobierno transcribió letra por letra los anexos II y III de la Recomendación de la Unión Europea 1999/519/CE, de 12 de julio, sin reparar –o tal vez sí– en que ésta se refiere a cualesquiera radiaciones electromagnéticas, con independencia de su frecuencia y fuente de producción.

Esta incongruencia plantea la duda de si la falta en nuestro Derecho de normas que regulen explícitamente los niveles máximos de inmisión electromagnética producidos por las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica puede suplirse aplicando el RCEM. En defensa de la tesis afirmativa se ha esgrimido que los límites previstos por este reglamento, coincidentes con los recomendados por la Unión Europea y la ICNIRP, reflejan la opinión del sector mayoritario y más acreditado de la comunidad científica, en el sentido de que la no-superación de los mismos garantiza la protección de la salud.[67] Pero la tesis negativa nos parece más plausible, principalmente porque tras la publicación de varios estudios científicos posteriores al RCEM que refuerzan la sospecha de una asociación entre la leucemia infantil y la exposición a radiaciones de una magnitud cientos de veces inferior a la considerada inocua por este reglamento, la Administración no ha cumplido como debía su obligación de revisarlo.[68]

Este desazonador vacío legal, amén de contravenir la reserva de ley del artículo 53.1 de la CE, constituye un campo abonado para la polémica, los litigios, las decisiones contradictorias e imprevisibles, la desigualdad y la inseguridad jurídica.

66. *Vid.* nuestro trabajo "La deficiente regulación del riesgo electromagnético derivado de las instalaciones eléctricas", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 6, 2004, pág. 77 y ss.

67. *Vid.* DE ÁNGEL YÁGÜEZ, "De nuevo sobre la responsabilidad por inmisiones electromagnéticas: El 'Estado de la ciencia' como solución jurídica, en *La nueva regulación eléctrica. VII Jornadas jurídicas del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 379 y ss.; "El principio de precaución y su función en la responsabilidad civil", en *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, ed. Romeo Casabona, Comares, Granada, 2004, pág. 277 y ss.; NEBREDA PÉREZ, *Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 387.

68. *Vid.*, con más detalle, nuestro trabajo "La deficiente...", pág. 91 y ss.

ISBN: 84-609-8956-9

5.2. La ordenación de los emplazamientos y el soterramiento de las líneas eléctricas

Hace aproximadamente un siglo que comenzaron a promulgarse disposiciones encaminadas a prevenir los daños que las instalaciones eléctricas podían causar a la vida y la integridad física, además de a la propiedad privada. Sin embargo, los peligros que estas normas han intentado combatir derivan, principalmente, del *contacto* accidental que pueda producirse entre las infraestructuras eléctricas –en especial, los elementos conductores de la electricidad– y las personas u otros elementos. Esta normativa ha propiciado por ello una situación que más tarde, cuando se ha percibido el riesgo derivado de los campos electromagnéticos, se ha revelado inquietante: la excesiva cercanía de estas instalaciones a las zonas donde residen habitualmente las personas.[69]

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, ha establecido diversas medidas dirigidas a paliar las deficiencias de la normativa anterior: en general atribuye mayor relevancia a los intereses ambientales[70] y, en concreto, interesa destacar que impone la evaluación de impacto ambiental de la construcción de los tendidos aéreos de una tensión nominal igual o superior a los 220 kilovoltios y una longitud superior a 15 kilómetros (disposición adicional 12), refuerza la coordinación entre la planificación eléctrica y la ordenación urbanística y del territorio (artículo 5) y endurece la posibilidad de edificar en los predios gravados con una servidumbre de paso de energía eléctrica: ahora se requiere autorización de la Administración competente, que ha de tomar "en especial consideración la normativa vigente en materia de seguridad" (artículo 58.1).[71] El reglamento que desarrolla este precepto prohíbe la construcción de edificios e instalaciones industriales en la franja definida por la proyección sobre el terreno de los conductores extremos en las condiciones más desfavorables, incrementada con las distancias reglamentarias a ambos lados de dicha proyección".[72]

Sin embargo, el problema más preocupante sigue sin resolverse. Las medidas adoptadas tienden a evitar que en el futuro se ubiquen determinadas instalaciones eléctricas en las cercanías de las zonas habitadas, pero no aportan soluciones para el caso de las infraestructuras ya existentes autorizadas con arreglo a la normativa anterior.

Ni la Ley 54/1997 ni los reglamentos que la desarrollan han dispuesto o incentivado el enterramiento o el traslado de las líneas. Sólo alguna comunidad autónoma ha tomado resueltamente medidas en este sentido.[73] El alto coste financiero de

69. *Vid.* nuestro trabajo "La deficiente...", pág. 84 y ss.

70. *Vid.* los artículos 4.3.b), 20.2.II, 21.2.b), 28.2, 30.1.e), 36.2.b), 51.2.f), 60.3 y 63.1 de la Ley 54/1997.

71. Artículo 58.1 de la Ley 54/1997.

72. Artículo 162.3 del Reglamento de las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica (Real decreto 1955/2000, de 1 de diciembre).

73. En la Comunidad de Madrid, el artículo 4 del Decreto 131/1997, de 16 de octubre, por el que se fijan los requisitos que han de cumplir las actuaciones urbanísticas en relación con las infraestructuras eléctricas, dispone que "las líneas aéreas existentes que no se encuentren en la red de pasillos existentes o de nueva creación, se irán trasladando a dichos pasillos o se pasarán a subterráneas, siguiendo un plan de etapas a establecer por las administraciones competentes, oídos los titulares de las líneas"; "para el desarrollo, gestión y ejecución de dichos planes se suscribirán los convenios necesarios entre las administraciones competentes y los titulares de las líneas, que contemple la responsabilidad y compromiso financieros que a cada una de las partes le corresponde en dichas actuaciones"; "se dará prioridad a aquellas líneas que por su elevada tensión, potencia transportada y ubicación de edificaciones en su zona de influencia lo requieran". A tal efecto, se han ido dictando diversas órdenes que regulan la concesión de ayudas para la modificación de líneas eléctricas aéreas de alta tensión en zonas urbanas (órdenes 697/2000, de 8 de febrero; 832/2001, de 12 de febrero; 10133/2001, de 11 de septiembre; 7095/2002, de 6 de septiembre; 8198/2002, de 26 de septiembre; 7433/2003, de 26 de agosto; 1099/2004, de 13 de febrero, y 97/2005, de 13 de enero).

ISBN: 84-609-8956-9

las obras requeridas –que, según la vigente legislación del sector eléctrico, debe ser asumido por la Administración o por los propietarios afectados por la servidumbre de paso de energía eléctrica–[74] explica hasta cierto punto la pasividad de los poderes públicos. Además, es discutible que el soterramiento constituya una buena solución técnica. No ya sólo por las dificultades que implica a la hora de efectuar reparaciones y por los accidentes que puede ocasionar, sino también porque puede resultar contraproducente para la protección de la salud. Ha de tenerse en cuenta que el suelo sólo proporciona un blindaje efectivo contra el campo eléctrico, pero no contra el magnético, cuya fuerza únicamente se atenúa en la práctica con la distancia. Y los tendidos subterráneos quedan mucho más cerca de la superficie, por donde circulan las personas, que los aéreos.[75]

Ahora bien, que no se pueda imponer a los titulares de las infraestructuras que modifiquen su trazado o las entierren a su costa, no quita que sí pueda prohibírseles, sin derecho a indemnización, que generen inmisiones electromagnéticas que supongan un peligro intolerable para la salud de las personas.

5.3. Los controles municipales previos

La Ley del sector eléctrico, al declarar que las autorizaciones relativas a las instalaciones de producción, transporte y distribución de energía se otorgan "sin perjuicio de las concesiones y autorizaciones que sean necesarias, de acuerdo con otras disposiciones que resulten aplicables y en especial las relativas a la ordenación del territorio y al medio ambiente",[76] está indicando claramente que dichas instalaciones requieren licencia de actividades clasificadas o, en su caso, la autorización ambiental equivalente prevista en la legislación autonómica, habida cuenta que de que las mismas merecen la consideración, cuando menos, de insalubres, en la medida en que los campos electromagnéticos que generan *pueden* resultar directa o indirectamente perjudiciales para la salud humana.[77]

La sujeción de las instalaciones eléctricas al régimen de las autorizaciones medioambientales tiene una gran importancia. Este régimen constituye una relación jurídica de tracto sucesivo en cuyo marco el ciudadano está obligado a ir adaptando la instalación y su funcionamiento a las nuevas circunstancias jurídicas y fácticas existentes en cada momento. Y la Administración puede tomar las medi-

74. *Vid.* el artículo 7.2 de la Ley 10/1966, de 18 de marzo, sobre expropiación forzosa y sanciones en materia de instalaciones eléctricas, los artículos 28.1 y 29.1 del Reglamento de desarrollo de esta ley (Decreto 2619/1966, de 20 de octubre) y el artículo 35.2 del Reglamento técnico de líneas eléctricas aéreas de alta tensión (Decreto 1422/1968, de 20 de junio). Sobre la interpretación de estos preceptos, *vid.* las STS de 2 de marzo de 1990 (RJ 2125) y 12 de febrero de 1998 (RJ 1207).

75. NEBREDA PÉREZ, *Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 324 y 325. Sobre algunos de los problemas jurídicos que plantea el soterramiento, *vid.* EMBID IRUJO, "El soterramiento de las líneas eléctricas. Problemática jurídica general", RAP, 163, 2004, pág. 7 y ss.

76. Artículos 21.3, 28.3, 36.3 y 40.3 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico.

77. En este sentido, *vid.* la STSJ de Cataluña de 2 de diciembre de 2003 (JUR 2004/29074) y NEBREDA PÉREZ, *Distribución...*, 2003, págs. 361 y 362, que afirma que la licencia es en principio exigible para "cualquier instalación eléctrica, línea o unidad de transformación". También consideran exigible la licencia, si bien no se plantean el problema de la contaminación electromagnética, las STS de 28 de septiembre de 1984 (RJ 4554) y 7 de abril de 1987 (RJ 4244), así como COLOM PIAZUELO, *El transporte de energía eléctrica*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 176 y ss.

ISBN: 84-609-8956-9

das necesarias para garantizar esa adaptación.[78] Así, la referida licencia puede ser revocada o modificada sin derecho a indemnización, con el fin de garantizar su permanente compatibilidad con las exigencias del interés público, cuando cambien las circunstancias que motivaron su otorgamiento o cuando sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, hubiesen justificado la solución ahora adoptada.[79] Cabría la posibilidad, pues, de que la Administración competente impusiera una medida correctora al titular de la correspondiente instalación ordenándole que cesara de producir inmisiones consideradas intolerables para la salud según el estado de la ciencia.

Algún tribunal, sin embargo, ha considerado que la jurisprudencia según la cual las obras públicas de interés general no requieren licencia municipal de obras[80] ha de predicarse igualmente de la de actividades clasificadas.[81] Esta postura podría entenderse corroborada por la interpretación literal de las disposiciones adicionales tercera y duodécima de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, por cuanto en ellas se dice que la construcción, ampliación y modificación de las instalaciones de la red de transporte de energía eléctrica de competencia del Estado, bajo ciertas condiciones, "no estarán sometidas a licencia o a cualquier otro acto de control preventivo municipal".[82]

Pero tal hipótesis es discutible. La exención de licencias aquí prevista ha de entenderse predicable desde luego de las urbanísticas,[83] pero no de las medioambientales, pues estas y otras disposiciones adicionales de la Ley 13/2003 se refieren inequívocamente sólo a los controles *urbanísticos* a que se somete la realización de ciertas *obras públicas*, pero en ningún momento parece que pretendan regular los aspectos medioambientales de las actividades que vayan a desarrollarse una vez terminadas aquéllas.[84] Así lo indica claramente la ley al condicionar la mentada exención a que se remita el proyecto de *obra* a la "Administración *urbanística* com-

78. Cfr. Esteve Pardo, "La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible", RAP, 149, 1999, págs. 37-61.

79. *Vid.* el artículo 16.1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales (Decreto de 17 de junio de 1955); Domper Ferrando, "Las licencias municipales de medio ambiente versión la licencia de actividades clasificadas", en *Derecho del medio ambiente y Administración local*, coord. Esteve Pardo, Civitas, Madrid, 1996, pág. 469 y ss.; García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, t. II, pág. 140 y ss.

80. *Vid.*, entre otras, las STS de 20 de septiembre de 1984 (RJ 5582), 31 de octubre de 1984 (RJ 5737), 28 de mayo de 1986 (RJ 4471), 30 de noviembre de 1987 (RJ 9332) y 28 de septiembre de 1990 (RJ 7297).

81. STSJ de Madrid de 28 de junio de 2002 (JUR 237375), 11 de diciembre de 2002 (RJCA 2003/576) y 8 de enero de 2003 (JUR 139328).

82. Disposiciones adicionales 3.3 y 12.2 de la Ley 13/2003.

83. Sanz Gandásegui, en VV.AA, *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, dir. Menéndez Menéndez, Civitas, Madrid, 2003, pág. 381 y ss., al comentar esta exención de licencias, alude sólo a las urbanísticas.

84. Así lo indica, por ejemplo, la disposición adicional 2.2 al establecer que "la Administración del Estado deberá colaborar con las administraciones de las comunidades autónomas y las entidades locales a través de los mecanismos de coordinación y cooperación legalmente establecidos, a fin de articular la *planificación* y *construcción* de las *obras* públicas de interés general con los *planes de ordenación territorial y urbanística*. En defecto de acuerdo entre las administraciones públicas, y *sin perjuicio de lo previsto en la legislación medioambiental*, los *planes y proyectos de obras* públicas de competencia del Estado prevalecerán sobre cualquier instrumento de *planificación u ordenación territorial o urbanística* en lo que se refiere a las competencias estatales exclusivas". La voluntad de la Ley 13/2003 de no alterar lo establecido en la normativa medioambiental se aprecia también en su disposición adicional 4: "Las obras públicas que se construyan mediante contrato de concesión se someterán al procedimiento de evaluación de impacto ambiental en los casos establecidos en la legislación ambiental."

ISBN: 84-609-8956-9

petente, al objeto de que informe sobre la *adaptación de dichos proyectos al planeamiento urbanístico* que resulte de aplicación".[85] Si se prescinde de la licencia municipal urbanística es porque ésta queda reemplazada por otro mecanismo a través del cual el municipio controla también –aunque sin carácter vinculante– los aspectos urbanísticos de la obra, como, por lo demás, demanda el principio de autonomía local.[86] En correspondencia, sólo resultaría admisible entender suprimido el control medioambiental exigible de ordinario si la ley hubiese previsto otro instrumento equivalente que permitiese a la Administración competente verificar la conformidad de la actividad en cuestión con el ordenamiento jurídico medioambiental. Pero no es el caso.

En este punto, el legislador valenciano, por ejemplo, ha sido mucho más claro, al dejar sentado que la exención de la licencia municipal prevista para determinadas instalaciones eléctricas –licencia sustituida por la intervención municipal no vinculante en el procedimiento de autorización tramitado por la comunidad autónoma– es "sin perjuicio de aquellas otras licencias o autorizaciones que deban exigirse de conformidad con la legislación medioambiental o de actividades calificadas".[87]

6. Reflexión final

El rotundo suspenso cosechado por las administraciones españolas, muy especialmente por las municipales, en sus intentos de resolver los problemas aquí planteados evidencia la necesidad de modificar algunas de sus pautas de actuación a fin de responder cabalmente a los nuevos retos de la sociedad del riesgo.[88] Muy difícilmente pueden los poderes públicos controlar los riesgos socialmente explosivos típicos de nuestros días, conciliando óptimamente todos los intereses legítimos implicados, si actúan a trompicones, de manera irreflexiva y descoordinada, poco transparente, sin respetar las exigencias democráticas de la reserva de ley ni implicar sinceramente a todos los afectados en los procedimientos de decisión, sin llevar a cabo un seguimiento constante de las medidas adoptadas, sin procurarse a través de mecanismos adecuados los mejores conocimientos científicos, sin adoptar una amplia perspectiva global, que tenga en cuenta los costes y beneficios de todas las alternativas posibles y que permita adoptar decisiones coherentes acerca del nivel de riesgo que ha de permitirse.

85. Apartados 3 *in fine* y 1 de la disposición adicional 3 de la Ley 13/2003.

86. *Vid.* el artículo 4.6 de la Carta Europea de la Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985 (BOE de 24 de febrero de 1989), y el artículo 2.1 de la LBRL.

87. *Vid.* el artículo 75.3 de la Ley valenciana 16/2003, de 17 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalidad Valenciana.

88. Cfr. ESTEVE PARDO, "De la policía administrativa a la gestión de riesgos", REDA, 119, pág. 323 y ss.

ISBN: 84-609-8956-9