

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN ANDALUCÍA (pp. 2-12)

—

JURISPRUDÈNCIA AMBIENTAL A ANDALUSIA (pp. 13-23)

LORENZO MELLADO RUIZ

Profesor titular de Derecho Administrativo / Professor titular de Dret Administratiu

Universidad de Almería

Sumario: 1. Modificación de concesiones administrativas de riego y principio de cautela ambiental. 2. Licencias municipales, protección ambiental e instalación de antenas de telefonía móvil: las telecomunicaciones como servicio liberalizado de interés general. 3. Sanciones ambientales y regularización de actividades. 4. Competencias municipales de regulación y condicionamiento de las instalaciones de radiocomunicación. 4.1. Alcance de las competencias municipales en materia de telecomunicaciones. 4.2. Participación municipal en la programación de actuación de telecomunicación. 4.3. Los ayuntamientos no pueden, sin embargo, imponer la utilización de la “mejor tecnología disponible”. 4.4. Otros límites específicos municipales a la instalación de antenas e instalaciones de telecomunicación. 5. Disociación del procedimiento sancionador en materia ambiental y la obligación de restauración del daño.

La presente crónica abarca el período comprendido entre mayo de 2010 y abril de 2011, enlazando con el período temporal de la anterior.

1. Modificación de concesiones administrativas de riego y principio de cautela ambiental

La STSJA (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a) de 6 de mayo de 2010, rec. 147/09, JUR/2010/240268, pone de manifiesto la estrecha vinculación entre los títulos habilitantes para el uso privativo de las aguas continentales, en concreto las concesiones de riego, y las limitaciones preventivas derivadas del principio de sostenibilidad ambiental.

La recurrente impugnó la resolución presunta del presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto previamente contra la denegación de la solicitud de modificación de las características de la concesión administrativa de la parte recurrente. Aparte de la irrelevancia material de determinados vicios formales alegados, la Sentencia asume el informe desfavorable de la Oficina de Planificación Hidrológica de la propia Confederación, señalando, en lo importante, que “resulta fundamental respetar el principio precautorio a la hora de autorizar ampliaciones en las superficies en riego, ya que aunque pueda parecer que suponen una disminución, a corto plazo, en la demanda, incrementan la vulnerabilidad del sistema de explotación de recursos frente a situaciones de escasez de éstos, agravada por la situación de déficit generalizada”, y “dada la circunstancia de escasez de recursos respecto a las demandas consolidadas y específicamente previstas en el Plan Hidrológico [...], debería denegarse la propuesta de incremento de superficie y procederse a la revisión de dotación para la superficie actualmente concedida” (FJ 3.º). El equilibrio ecológico y la propia suficiencia estratégica de los recursos acuáticos

prevalecen sobre situaciones coyunturales específicas, desde un lógico y necesario replanteamiento de los esquemas de gestión del agua, articulado no ya sobre la oferta del recurso, la productividad y la utilización irresponsable, sino en el control de la demanda, en el ahorro y en la prevalencia de las cautelas ambientales. La denegación de la ampliación de los caudales concedidos se basa, además, no en datos o circunstancias de carácter objetivo y de naturaleza coetánea, sino en la posible afectación proactiva sobre la disponibilidad y calidad del recurso. Se asume, pues, directamente, el principio de cautela ambiental. Lo importante no es, entonces, la satisfacción a corto plazo y eventual de la demanda —aportando más caudales—, sino la contención, maximización y eficiencia de las medidas de incidencia sobre la oferta.

La Sentencia entiende, finalmente, que esta argumentación de valoración anticipada sobre las posibles consecuencias negativas sobre los recursos acuáticos constituye la “motivación” sustancial del fallo. La decisión se adopta, se dice, teniendo en cuenta el interés público, no solo los intereses particulares de la solicitante, que, para su satisfacción en esta materia, deben ser compatibles con el interés general.

2. Licencias municipales, protección ambiental e instalación de antenas de telefonía móvil: las telecomunicaciones como servicio liberalizado de interés general

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, sede de Sevilla) de 27 de mayo de 2010, rec. 164/2010, se enfrenta a la compleja cuestión de la incidencia —y las posibilidades de intervención— de las actividades e instalaciones de telefonía móvil con respecto a las competencias y los intereses locales. El fondo de la cuestión gira en torno a la suficiencia del marco competencial local para someter la actividad de telefonía móvil a la obtención previa de licencias de actividad y de apertura, como manifestación del principio de autonomía local y mecanismo de protección de determinados intereses locales susceptibles de verse afectados.

La cuestión, sin embargo, no es nueva. La jurisprudencia se ha enfrentado, en numerosas ocasiones, a la impugnación de ordenanzas municipales reguladoras de las licencias de actividad para instalaciones de radiocomunicación de telefonía móvil, discutiéndose si las entidades locales tienen competencias para regular tal extremo. Y aunque no las tengan sobre tal materia en concreto, es evidente que sí tienen sobre

urbanismo, protección del medio ambiente o garantía de la salubridad pública, aspectos que inciden claramente en la actividad enjuiciada.

Parte la Sentencia del recordatorio sobre la cláusula constitucional de garantía de la autonomía local y de la aparejada potestad reglamentaria de las corporaciones locales, cuyo contenido material vendrá delimitado —aún no de forma tipificada en sede constitucional— por los intereses propios del municipio. Desde estas premisas, corresponde a los ayuntamientos el establecimiento del marco jurídico regulador del uso del suelo, subsuelo y vuelo del dominio municipal en relación con la construcción de la infraestructura de telecomunicaciones y su uso urbanístico para el ejercicio del control público legalmente encomendado. Estas posibles competencias ancilares no pueden menoscabar, sin embargo, la competencia exclusiva estatal sobre telecomunicaciones (art. 149.1.21ª CE). El entrecruzamiento de competencias se resuelve, en este punto, desde la prevalencia del título genérico, sectorial y directo estatal. Además, todos los entes públicos, y, por lo tanto, también los entes locales, deben respetar en sus actuaciones el principio general de liberalización completa de los servicios y las redes de telecomunicaciones, lo que impone la observancia de los principios de proporcionalidad y congruencia respecto de los límites y condicionamientos jurídico-públicos a su ejercicio. Las telecomunicaciones son un servicio de interés general, pero prestado en régimen de competencia y, si bien no en términos absolutos, libertad de actuación. La consecuencia es que siempre debe preservarse la igualdad, la no discriminación y la neutralidad de los poderes públicos cuyo ámbito competencial incida o pueda incidir en la prestación del servicio.

Así pues, si una ordenanza municipal pretende regular determinados aspectos de esta materia, imponiendo determinadas condiciones o limitaciones, estas deberán estar suficientemente motivadas, con el fin de comprobar y justificar que la actuación pública, en cuanto limitadora o restrictiva, responde a criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido. El principio de proporcionalidad se convierte, por lo tanto, en criterio central orientador de la intensidad de las competencias públicas con incidencia directa sobre las actividades de telecomunicaciones.

Sobre estos planteamientos, la Sentencia reseñada considera que los ayuntamientos carecen de competencia directa en materia medioambiental para exigir, como mecanismo de control preventivo, licencia de actividad para este tipo de actuaciones, tratándose, al contrario, de un ámbito legalmente reservado a la normativa estatal.

A continuación se debate sobre la posible competencia municipal en materia de salud pública y sobre la posibilidad de suspender determinadas actividades si existe o se sospecha razonablemente la existencia de un riesgo para la salud. Sin embargo, el motivo se rechaza igualmente: “la alarma social es un argumento ajeno de todo punto para la necesidad o no de licencia, siendo su otorgamiento de carácter reglado, sin que los temores ciudadanos existentes puedan convertirse en el argumento jurídico que ampare la actuación administrativa, y ello además sin contraste técnico o científico”. Añade además la Sentencia que tampoco existe ningún informe técnico que determine que las antenas de telefonía móvil pueden ser incluidas entre las actividades molestas, nocivas, insalubres o peligrosas.

En consecuencia, la Sentencia concluye abogando por la necesidad de diferenciar entre los posibles riesgos derivados de las antenas de telefonía móvil y las simples molestias causadas por estas. Este es el argumento central de la resolución. Realmente, y como se ha puesto de manifiesto, los nuevos enfoques de gestión de los riesgos superan las clásicas construcciones dogmáticas sobre la actividad de policía u ordenación administrativas. El debate, por lo tanto, no debería centrarse en si es necesaria o no la licencia de actividad para la instalación de este tipo de antenas. Se trataría, más bien, de asumir la evidente insuficiencia del Derecho para evaluar los riesgos de la técnica y establecer mecanismos adecuados de gestión en un contexto de precaución ambiental. Lo que hace la Sentencia, a mi juicio de forma insuficiente, es diferenciar entre las posibles molestias que pueden derivarse de las antenas —como de cualquier otro aparato o instalación— y los riesgos para la salud humana o el medio ambiente, mucho más difíciles de verificar técnicamente y menos aún a través de una simple licencia de actividad. En consecuencia, las estaciones base de telefonía móvil, al constituir elementos integrados en una red mayor —normalmente de ámbito supramunicipal—, no han de someterse, de por sí, a una licencia de apertura o actividad en cada uno de los municipios de implantación (en todo caso, la evaluación del riesgo de estas corresponde a otras administraciones públicas, en principio en el nivel estatal, a través de las autorizaciones correspondientes), si bien siempre es posible que haya instalaciones que por sus características sí precisen licencia municipal de actividad y apertura, y ello sin menoscabo, lógicamente, de la potestad municipal de policía, intervención y control para intervenir cuando puedan derivarse de dichos elementos efectos nocivos para la tranquilidad, seguridad y salubridad de las personas o el entorno urbano.

3. Sanciones ambientales y regularización de actividades

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, sede de Sevilla) de 28 de mayo de 2010, rec. 745/2008, reconoce un margen bastante amplio de operatividad a la posibilidad de regularización de actividades contrarias al ordenamiento jurídico a fin de enervar las posibles consecuencias sancionadoras. La sanción pecuniaria impuesta en su día se acompañaba de la obligación de clausurar las instalaciones controvertidas hasta la correcta cumplimentación de la autorización ambiental integrada, en tanto instrumento preventivo de evaluación ambiental de las actividades privadas, con certificación, por técnico competente, del cumplimiento de los condicionantes que pudiera contener. Tras la anulación de la sanción, la Junta de Andalucía interpuso recurso de reposición para revocar la sentencia anterior. Pero el TSJA entiende que, en el ámbito específico del derecho administrativo sancionador, los dos elementos básicos de partida han de ser la individualización del autor, por un lado, y, por el otro, que en su actuación concorra el elemento subjetivo de la culpabilidad, entendida esta como juicio personal de reprochabilidad dirigida al autor de un hecho típico y antijurídico, a título de dolo o negligencia. Y desde estas consideraciones se entiende que, a pesar de la puesta en marcha de las instalaciones o la actividad —como hecho fáctico innegable—, debería prevalecer el juicio subjetivo de culpabilidad, de tal forma que lo importante es que antes de incoarse el expediente sancionador la presunta infractora había iniciado los trámites para la legalización de la explotación y para obtener la autorización ambiental integrada, “circunstancia que, sin género de duda alguno, excluye de su conducta y actuación la culpabilidad, faltando, en definitiva, no sólo el elemento subjetivo de la infracción, también el objetivo, referido a la carencia de la autorización ambiental integrada”.

La Sentencia no solo admite la legalización sobrevenida de actividades ya en marcha — y en principio con comienzo sin la pertinente autorización ambiental— y la misma resolución sancionadora administrativa, sino que equipara la regularización material posterior —mediante la solicitud de la oportuna autorización ambiental— con la ausencia de culpabilidad del sujeto, elemento no obstante propio de la esfera subjetiva de la actividad enjuiciada.

4. Competencias municipales de regulación y condicionamiento de las instalaciones de radiocomunicación

4.1. Alcance de las competencias municipales en materia de telecomunicaciones

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, sede de Granada) de 28 de junio de 2010, rec. 2578/2002, se plantea la capacidad de los entes locales para regular, a través de ordenanzas, determinados aspectos del establecimiento y funcionamiento de las instalaciones de radiocomunicación vinculados con la esfera propia de los intereses municipales.

El artículo 149.1.21^a CE delimita, como se sabe, las competencias estatales en materia de telecomunicaciones respecto de las comunidades autónomas. Las competencias municipales, aun desde la asunción y garantía constitucionales del principio clave de autonomía municipal, se derivan de la Ley en un segundo plano. Pero en esta materia competencial, como en muchas otras, no cabe hablar de exclusividad absoluta, sino relativa. Por ello es posible, reconoce la Sentencia, que puedan existir competencias (o funciones incluidas en los ámbitos competenciales) cuya titularidad corresponda a los entes locales, a pesar de la cláusula inicial de exclusividad estatal. Ello es consecuencia de nuestro modelo de reparto constitucional del poder político, de la existencia de materias y ámbitos complejos e integrados, y del propio entrecruzamiento multinivel de funciones, ámbitos materiales y competencias.

En concreto, los ayuntamientos pueden 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, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Bien es verdad que el “dominio público” (viario) no es nunca un título atributivo de competencias, sino una técnica de protección, pero aquí entrarían en juego, activando el juego de la autonomía municipal, las competencias locales en materia de urbanismo, patrimonio histórico o protección ambiental urbana.

Por lo tanto, los ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones y contemplar requisitos específicos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos municipales relativos a obras e instalaciones en la vía pública, de canalización o de instalación en edificios de determinadas estructuras.

El límite a la capacidad municipal de preservación de sus intereses (ambientales, urbanísticos, de ordenación del tráfico, de seguridad y salubridad públicas, etc.) mediante el establecimiento imperativo de exigencias básicas ha de situarse en la configuración de restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer dichas instalaciones y, aun por debajo, pero en términos más difusos e interpretables, en la interposición de “limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas” para el ejercicio de dicha actividad, en principio de competencia (sustantiva) estatal.

El problema puede seguir estando en la concreción —necesariamente caso por caso— de las condiciones claramente desproporcionadas o no, a efectos de la condicionalización municipal de la instalación de infraestructuras y antenas de telecomunicación en el entorno ambiental urbano. La aplicación de este principio de ponderación de intereses podría apoyarse en criterios —que avanza la propia Sentencia que reseñamos— de idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar. Pero al final, entre la capacidad municipal de regulación (instrumental) y la garantía constitucional del derecho a la actividad (material), existiría un amplísimo margen de maniobra para la aplicación, siempre compleja, del principio de proporcionalidad de la actuación administrativa de control u ordenación.

4.2. Participación municipal en la programación de actuación de telecomunicación

Pero la Sentencia aún va más allá. El Ayuntamiento debería conocer de forma acabada, es decir, completa y detallada, el conjunto de la red y los detalles de la instalación que se va a ubicar en su término municipal, para velar por el conjunto de los intereses que, de forma real y efectiva, se puedan ver afectados por la instalación de la infraestructura correspondiente. Resulta entonces “absolutamente legítimo que el municipio, para controlar y regular el uso de su propio suelo o subsuelo y velar por los intereses municipales comprometidos”, conozca el programa general de las actuaciones pretendidas por los sujetos promotores, y que tenga incluso la posibilidad de coordinar y aprobar dicha planificación de actuaciones. Por ello concluye que “el hecho de que la instalación de antenas de telefonía móvil esté vinculada a la aprobación del programa de desarrollo contenido en la Ordenanza cuestionada constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia”. Este programa municipal

podrá incluir medidas de racionalización de las instalaciones y de ubicación adecuada de las antenas para la protección de los edificios, los conjuntos catalogados, las vías públicas y los paisajes urbanísticos.

4.3. Los ayuntamientos no pueden, sin embargo, imponer la utilización de la “mejor tecnología disponible”

El artículo 10 de las ordenanzas cuestionadas exigía que las instalaciones de telecomunicación a ubicar en el municipio deberían utilizar la tecnología disponible en el mercado que comportara el menor impacto ambiental, visual y sobre la salud de las personas. Estos condicionantes son lógicos y coherentes (la llamada *cláusula de progreso*), dada la incertidumbre científico-técnica que aún sigue rodeando a este tipo concreto de infraestructuras, desde la prevalencia del principio de precaución o cautela. Pero falta la base competencial para su exigencia. Las restricciones municipales a la instalación de redes y antenas han de supeditarse y legitimarse —en tanto cristalización del conjunto de intereses locales susceptibles de protección— en exigencias de contenido fundamentalmente urbanístico y medioambiental. Y no es admisible, dice la Sentencia, que el Ayuntamiento ejerza ningún tipo de control sobre los aspectos tecnológicos de las instalaciones, al escapar estos del ámbito de su competencia. Los únicos condicionamientos tecnológicos que el Ayuntamiento podría exigir serían los relacionados con la necesidad de integración visual y ambiental de las instalaciones en el entorno.

4.4. Otros límites específicos municipales a la instalación de antenas e instalaciones de telecomunicación

La ordenanza local cuestionada imponía también determinados límites a la instalación de estas infraestructuras en atención a la protección del entorno, al impacto visual, medioambiental o de salubridad —en tanto riesgos no admisibles—, a su ubicación en edificios y conjuntos especialmente protegidos, o a su proximidad a centros educativos, sanitarios o geriátricos, y siempre con un valor máximo, en todo caso, de inmisión electromagnética.

La Sentencia declara, en primer lugar, que la Administración local carece de competencia en materia de salud pública, como título genérico, por lo que anula dicha mención como criterio habilitante de condicionalización.

En cuanto a la protección de determinados bienes urbanos, como los edificios o conjuntos protegidos, las posibles limitaciones municipales sí que estarían justificadas, al tratarse de medidas de protección contenidas en la normativa general urbanística, por lo que se podrían calificar incluso de limitaciones absolutas.

Respecto a la limitación de instalaciones en la proximidad de centros educativos, sanitarios o geriátricos, si bien es cierto que los entes locales, ante la prestación de los servicios de telefonía y comunicación, pueden establecer condicionamientos paisajísticos o estéticos de incidencia ambiental, tales limitaciones no pueden determinar ni directa ni indirectamente, por su propio carácter instrumental o ancilar, el establecimiento concreto de niveles (máximos) de inmisión, limitación de distancias o, como se decía, imposición de restricciones que tengan su fundamento en la invocación de razones sanitarias.

El artículo 14 de la ordenanza disponía, finalmente, la prohibición de ubicación de las instalaciones cuestionadas en un radio menor de 500 metros del suelo clasificado como urbano o urbanizable, como medida de prevención o cautela frente a los posibles riesgos —en un contexto siempre de incertidumbre, y, por lo tanto, de excepcionalidad administrativa— derivados de estas instalaciones para la salud, integridad y calidad de vida de los ciudadanos. La Sentencia anula igualmente dicha determinación, argumentando que tales medidas deberían incluirse en los instrumentos de ordenación del territorio correspondientes, siendo insuficiente, por falta de competencia material, su recepción en una simple ordenanza municipal. Además, no son limitaciones apoyadas en criterios de ordenación urbanística, paisajística o medioambiental, aspectos que podrían dar cobertura a tales decisiones municipales, sino meramente justificadas —dice expresamente la Sentencia— en el “temor” de la incidencia de estas instalaciones sobre la salud humana, aspecto de competencia exclusiva estatal.

5. Disociación del procedimiento sancionador en materia ambiental y la obligación de restauración del daño

La Sentencia del TSJA (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, sede de Granada) de 25 de octubre de 2010, rec. 154/2006, reconoce la posibilidad de diferenciar, desde una perspectiva de prevalencia evidente de las consideraciones ambientales, entre la posible sanción administrativa derivada de la comisión de un ilícito administrativo y la obligación o mandato de restitución o restauración de los daños producidos.

En el caso concreto, al infractor se le impuso una sanción de multa junto con la obligación de restitución del terreno al estado previo a los trabajos realizados, mediante la demolición de lo construido indebidamente y la retirada a vertedero autorizado de los escombros generados. La sanción principal fue anulada posteriormente por vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, básicos en derecho administrativo sancionador —al no haber desarrollado la Comunidad andaluza la normativa estatal básica para la tipificación específica de infracciones en materia de espacios naturales protegidos, lo que impide tanto su exacta calificación como la modulación y graduación de las acciones—, pero señala el TSJA que cabe apreciar una cierta autonomía entre ambas consecuencias sancionadoras, y que puede mantenerse, por lo tanto, la obligación accesoria (a pesar de la anulación de la sanción principal de cobertura). El argumento es la naturaleza distinta, a pesar de su interrelación, de ambas consecuencias jurídicas. Una cosa es la enervación de las posibles sanciones, por cuestiones de legalidad, y otra el mantenimiento automático de los daños ambientales producidos. La anulación de la sanción principal “no impide que el hecho infractor, en cuanto conducta antijurídica típicamente descrita, exista y reciba otro tipo de consecuencia por el ordenamiento jurídico”. Se mantiene, pues, la obligación de restitución pese a la anulación de la sanción pecuniaria principal. Y parece lógico. La desvirtuación, material o procesal, de una resolución sancionadora no ha de implicar siempre la nulidad integral del procedimiento. En este caso concreto, la infracción existe y la anulación de la sanción es consecuencia de la falta de desarrollo legislativo de la normativa aplicable y del régimen disciplinario correspondiente por parte de la Comunidad Autónoma. Hay, pues, un hecho antijurídico que, además, ha causado un daño o afectación ambiental. Las consecuencias derivadas de la anulación de la sanción, máxime si se deben a la

(inexplicable) falta de actividad legislativa de la Comunidad Autónoma, no tienen por qué perjudicar más aún el entorno ambiental dañado.

Además, la solución de mantenimiento de las obligaciones accesorias —que no son una sanción adicional a la principal— no vulnera los principios fundamentales de defensa. Como dice la Sentencia, el sujeto sancionado ha tenido, como de hecho ha efectuado, todas las posibilidades de articular las alegaciones y los medios de prueba necesarios en su defensa respecto de la consecuencia sancionadora, razón por la cual, pese a tramitarse conjuntamente el procedimiento sancionador y de reparación del daño causado al espacio natural, la anulación de la sanción principal no debe suponer la de la obligación de reparación impuesta, en atención fundamentalmente, y al margen de consideraciones de prioritaria protección ambiental, al principio de conservación de los actos administrativos.

Sumari: 1. Modificació de concessions administratives de reg i principi de cautela ambiental. 2. Llicències municipals, protecció ambiental i instal·lació d'antenes de telefonia mòbil: les telecomunicacions com a servei liberalitzat d'interès general. 3. Sancions ambientals i regularització d'activitats. 4. Competències municipals de regulació i condicionament d'instal·lacions de radiocomunicació. 4.1. Abast de les competències municipals en matèria de telecomunicacions. 4.2. Participació municipal en la programació d'actuació de telecomunicació. 4.3. Els ajuntaments no poden, però, imposar la utilització de la "millor tecnologia disponible". 4.4. Altres límits específics municipals a la instal·lació d'antenes i instal·lacions de telecomunicació. 5. Dissociació del procediment sancionador en matèria ambiental i l'obligació de restaurar el dany.

Aquesta crònica abasta el període comprès entre maig de 2010 i abril de 2011, i enllaça amb el període temporal de l'anterior.

1. Modificació de concessions administratives de reg i principi de cautela ambiental

La STSJA (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 3a) de 6 de maig de 2010, rec. 147/09, JUR/2010/240268, posa de manifest l'estreta vinculació entre els títols habilitadors per a l'ús privatiu d'aigües continentals, en concret les concessions de reg, i les limitacions preventives derivades del principi de sostenibilitat ambiental.

La part recurrent va impugnar la resolució presumpta del president de la Confederació Hidrogràfica del Guadalquivir, desestimària del recurs de reposició interposat prèviament contra la denegació de la sol·licitud de modificació de les característiques de la concessió administrativa de la part recurrent. A part de la irrellevància material de determinats vicis formals al·legats, la sentència assumeix l'informe desfavorable de l'Oficina de Planificació Hidrològica de la mateixa Confederació, i assenyala, com a més important, que "*resulta fundamental respetar el principio precautorio a la hora de autorizar ampliaciones en las superficies en riego, ya que aunque pueda parecer que suponen una disminución, a corto plazo, en la demanda, incrementan la vulnerabilidad del sistema de explotación de recursos frente a situaciones de escasez de éstos, agravada por la situación de déficit generalizada*", i "*dada la circunstancia de escasez de recursos respecto a las demandas consolidadas y específicamente previstas en el Plan Hidrológico [...] debería denegarse la propuesta de incremento de superficie y procederse a la revisión de dotación para la superficie actualmente concedida*" (FJ 3r).

L'equilibri ecològic i la mateixa suficiència estratègica dels recursos aquàtics prevalen sobre situacions conjunturals específiques, des d'un replantejament dels esquemes de gestió de l'aigua lògic i necessari, articulat no sobre l'oferta del recurs, la productivitat i

la utilització irresponsable, sinó en el control de la demanda, en l'estalvi i en la prevalença de cauteles ambientals. La denegació de l'ampliació dels cabals concedits es basa, a més, no en dades o circumstàncies de caràcter objectiu i de naturalesa coetània, sinó en la possible afecció proactiva sobre la disponibilitat i qualitat del recurs. S'assumeix, doncs, directament, el principi de cautela ambiental. L'important no és, doncs, la satisfacció, a curt termini, i eventual, de la demanda —que aporta més cabals—, sinó la contenció, maximització i eficiència de les mesures d'incidència sobre l'oferta.

La sentència entén, finalment, que aquesta argumentació de valoració anticipada sobre les possibles conseqüències negatives sobre els recursos aquàtics constitueix la “motivació” substancial de la decisió. La decisió s'adopta, segons es diu, tenint en compte l'interès públic, no només els interessos particulars de la part sol·licitant, que, per a la seva satisfacció en aquesta matèria, han de ser compatibles amb l'interès general.

2. Llicències municipals, protecció ambiental i instal·lació d'antenes de telefonia mòbil: les telecomunicacions com a servei liberalitzat d'interès general

La Sentència del TSJA (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, seu de Sevilla) de 27 de maig de 2010, rec. 164/2010, s'enfronta a la complexa qüestió de la incidència —i les possibilitats d'intervenció— de les activitats i instal·lacions de telefonia mòbil pel que fa a les competències i els interessos locals. El fons de la qüestió gira entorn de la suficiència del marc competencial local per sotmetre l'activitat de telefonia mòbil a l'obtenció prèvia de llicències d'activitat i d'obertura, com a manifestació del principi d'autonomia local i del mecanisme de protecció de determinats interessos locals susceptibles de veure's afectats.

La qüestió, però, no és nova. La jurisprudència s'ha enfrontat, en nombroses ocasions, a la impugnació d'ordenances municipals reguladores de llicències d'activitat per a instal·lacions de radiocomunicació de telefonia mòbil, i ha discutit sobre si les entitats locals tenen competències per regular aquest aspecte. I encara que no les tinguin sobre aquesta matèria en concret, és evident que sí que les tenen sobre urbanisme, protecció del medi ambient o garantia de la salubritat pública, aspectes que incideixen clarament en l'activitat enjudiciada.

La sentència parteix del recordatori sobre la clàusula constitucional de garantia d'autonomia local, i de l'aparellada potestat reglamentària de les corporacions locals, el contingut material de la qual es delimita —tot i que no de forma tipificada en seu constitucional— pels interessos propis del municipi. Segons aquestes premisses, correspon als ajuntaments establir el marc jurídic regulador de l'ús del sòl, subsòl i vol del domini municipal en relació amb la construcció de la infraestructura de telecomunicacions i el seu ús urbanístic, per exercir el control públic legalment encomanat. Aquestes possibles competències auxiliars no poden menyscar, però, la competència exclusiva estatal sobre telecomunicacions (art. 149.1.21a CE). L'entrecruament de competències es resol, en aquest punt, des de la prevalença del títol genèric, sectorial i directe estatal. A més, tots els ens públics i, per tant, també els ens locals han de respectar en les seves actuacions el principi general de liberalització completa dels serveis i de les xarxes de telecomunicacions, fet que imposa l'observança dels principis de proporcionalitat i congruència respecte dels límits i condicionaments juridicopúblics en el seu exercici. Les telecomunicacions són un servei d'interès general, però prestat en règim de competència i, encara no en termes absoluts, llibertat d'actuació. La conseqüència és que sempre s'ha de preservar la igualtat, no discriminació i neutralitat dels poders públics l'àmbit dels quals competencial incideixi o pugui incidir en la prestació del servei.

Així, doncs, si una ordenança municipal pretén regular determinats aspectes d'aquesta matèria, i imposa determinades condicions o limitacions, aquestes s'han de motivar suficientment, per comprovar i justificar que l'actuació pública, com a limitadora o restrictiva, respon a criteris de necessitat i d'adequació al fi que es persegueix. El principi de proporcionalitat es converteix, per tant, en el criteri central orientador de la intensitat de les competències públiques amb incidència directa sobre les activitats de telecomunicacions.

Sobre aquests plantejaments, la sentència esmentada considera que els ajuntaments no tenen competència directa en matèria mediambiental per exigir, com a mecanisme de control preventiu, la llicència d'activitat per a aquest tipus d'actuacions, ja que es tracta, al contrari, d'un àmbit legalment reservat a la normativa estatal.

A continuació, es debat sobre la possible competència municipal en matèria de salut pública i la possibilitat de suspendre determinades activitats si existeix o si se sospita raonablement de l'existència de risc per a la salut. No obstant això, el motiu es rebutja

igualment: *“la alarma social es un argumento ajeno de todo punto para la necesidad o no de licencia, siendo su otorgamiento de carácter reglado, sin que los temores ciudadanos existentes puedan convertirse en el argumento jurídico que ampare la actuación administrativa, y ello además sin contraste técnico o científico”*. La sentència, a més, afegeix que tampoc no hi ha cap informe tècnic que determini que les antenes de telefonia mòbil es puguin considerar activitats molestes, nocives, insalubres o perilloses.

En conseqüència, la sentència acaba advocant per la necessitat de diferenciar entre els possibles riscos, susceptibles de derivar-se de les antenes de telefonia mòbil, i les simples molèsties que puguin causar. Aquest és l'argument central de la resolució. Realment, i com s'ha manifestat, els nous enfocaments de gestió de riscos superen les clàssiques construccions dogmàtiques sobre l'activitat de policia o ordenació administratives. El debat no hauria de ser, per tant, si cal o no llicència d'activitat per instal·lar aquesta mena d'antenes. Es tractaria, més aviat, d'assumir l'evident insuficiència del dret per avaluar els riscos de la tècnica, i arbitrar mecanismes adequats de gestió en un context de precaució ambiental. El que fa la sentència, al meu parer de manera insuficient, és diferenciar les possibles molèsties que poden derivar-se de les antenes com de qualsevol altre aparell o instal·lació, i els riscos per a la salut humana o el medi ambient, molt més difícils de verificar tècnicament, i menys a través d'una simple llicència d'activitat. En conseqüència, les estacions base de telefonia mòbil, com que constitueixen elements integrats en una xarxa gran, normalment d'àmbit supramunicipal, no han de sotmetre's, en si, a llicència d'obertura o d'activitat en cada un dels municipis en què s'implantin (en tot cas, l'avaluació del risc correspon a altres administracions públiques, en principi d'àmbit estatal, a través de les autoritzacions corresponents), però sempre és possible que hi hagi instal·lacions que per les seves característiques necessitin llicència municipal d'activitat i obertura, i això sense detriment, lògicament, de la potestat municipal de policia, intervenció i control per intervenir quan puguin derivar-se d'aquests elements efectes nocius per a la tranquil·litat, seguretat i salubritat de les persones o l'entorn urbà.

3. Sancions ambientals i regularització d'activitats

La Sentència del TSJA (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, seu de Sevilla) de 28 de maig de 2010, rec. 745/2008, reconeix un marge bastant ampli d'operativitat a la possibilitat de regular activitats contràries a l'ordenament jurídic amb vista a enervar les possibles conseqüències sancionadores. La sanció pecuniària imposada en el seu dia s'acompanyava de l'obligació de clausurar les instal·lacions controvertides fins que es complimentés correctament l'autorització ambiental integrada, com a instrument preventiu d'avaluació ambiental de les activitats privades, amb la certificació, del tècnic competent, del compliment dels condicionants que pogués contenir. Després d'haver anul·lat la sanció, la Junta d'Andalusia interposaria recurs de reposició i concerniria la revocació de la sentència anterior. Però el TSJA entén que en l'àmbit específic del dret administratiu sancionador, els dos elements bàsics de partida han de ser la individualització de l'autor, d'una banda, i, d'altra banda, el fet que en la seva actuació hi concorri l'element subjectiu de la culpabilitat, entesa com a judici personal de reprotxabilitat adreçada a l'autor d'un fet típic i antijurídic, a títol de dol o negligència. I des d'aquestes consideracions, s'entén que, tot i la posada en marxa de les instal·lacions o de l'activitat, com a fet fàctic innegable, hauria de prevaler el judici subjectiu de culpabilitat, de manera que l'important és que abans d'incoar l'expedient sancionador, la presumpta infractora havia iniciat els tràmits per legalitzar-ne l'explotació i per obtenir l'autorització ambiental integrada, *“circunstancia que, sin género de duda alguno, excluye de su conducta y actuación la culpabilidad, faltando, en definitiva, no sólo el elemento subjetivo de la infracción, también el objetivo, referido a la carencia de la autorización ambiental integrada”*.

La sentència no només admet la legalització sobrevinguda d'activitats en funcionament, i en principi havent començat sense l'autorització ambiental pertinent, i fins i tot fins en la mateixa resolució sancionadora administrativa, sinó que equipara la regularització material posterior, mitjançant la sol·licitud de l'oportuna autorització ambiental, amb l'absència de culpabilitat del subjecte, element, però, propi de l'esfera subjectiva de l'activitat enjudiciada.

4. Competències municipals de regulació i condicionament d'instal·lacions de radiocomunicació

4.1. Abast de les competències municipals en matèria de telecomunicacions

La Sentència del TSJA (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, seu de Granada) de 28 de juny de 2010, rec. 2578/2002, planteja la capacitat dels ens locals per regular, mitjançant les ordenances, determinats aspectes vinculats amb l'esfera pròpia dels interessos municipals, de l'establiment i funcionament de les instal·lacions de radiocomunicació.

L'article 149.1.21a CE delimita, com és sabut, les competències estatals en matèria de telecomunicacions respecte de les comunitats autònomes. Les competències municipals, encara des de l'assumpció i garantia constitucional del principi clau d'autonomia municipal, es deriven, en segon pla, de la llei. Però en aquesta, com en moltes altres matèries competencials, no es pot parlar d'exclusivitat absoluta, sinó relativa. Per això, és possible, segons reconeix la sentència, que hi puguin haver competències (o funcions incloses en els àmbits competencials) la titularitat dels quals correspongui als ens locals, tot i la clàusula inicial d'exclusivitat estatal. Això és conseqüència del nostre model de repartiment constitucional del poder polític, de l'existència de matèries i àmbits complexos i integrats, i del mateix encreuament multinivell de funcions, àmbits materials i competències.

Concretament, els ajuntaments poden establir les condicions tècniques i jurídiques relatives a la manera com s'ha de dur a terme la utilització del domini públic que requereixi l'establiment o l'ampliació de les instal·lacions del concessionari o operador de serveis de telecomunicacions, utilitzant el vol o el subsòl dels carrers. És veritat que el "domini públic" (viari) no és mai un títol atributiu de competències, sinó una tècnica de protecció, però aquí entrarien en joc, activant el joc de l'autonomia municipal, les competències locals en matèria d'urbanisme, patrimoni històric o protecció ambiental urbana.

Per tant, en el planejament urbanístic, els ajuntaments poden establir condicions a l'hora d'instal·lar antenes i xarxes de telecomunicacions i preveure requisits específics per realitzar les corresponents instal·lacions en ordenances o reglaments municipals relatius a obres i instal·lacions a la via pública, de canalització o d'instal·lació en edificis de determinades estructures.

El límit de la capacitat municipal de preservació dels seus interessos (ambientals, urbanístics, d'ordenació del trànsit, de seguretat i salubritat públiques, etc.) mitjançant l'establiment imperatiu d'exigències bàsiques, ha de situar-se en la configuració de restriccions absolutes al dret dels operadors a establir aquestes instal·lacions, i, encara per sota, però en termes més difusos i interpretables, en la interposició de "limitacions que resultin manifestament desproporcionades" per exercir aquesta activitat, en principi de competència (substantiva) estatal.

El problema pot continuar en la concreció de les condicions clarament desproporcionades o no —necessàriament cas per cas—, a efectes de la condicionalització municipal de la instal·lació d'infraestructures i antenes de telecomunicació en l'entorn ambiental urbà. L'aplicació d'aquest principi de ponderació d'interessos podria recolzar-se en criteris, que avança la mateixa sentència a què fem referència, d'ideïtat, d'utilitat i de correspondència intrínseca de l'entitat de la limitació resultant per al dret i de l'interès públic que s'intenten preservar. Però, al final, entre la capacitat municipal de regulació (instrumental) i la garantia constitucional del dret a l'activitat (material), hi hauria un marge de maniobra amplíssim amb vista a l'aplicació, sempre complexa, del principi de proporcionalitat de l'actuació administrativa de control o ordenació.

4.2. Participació municipal en la programació d'actuació de telecomunicació

Però la Sentència encara va més enllà. L'Ajuntament hauria de conèixer de forma acabada, és a dir, completa i detallada, el conjunt de la xarxa i els detalls de la instal·lació que s'ha d'ubicar en el seu terme municipal, per vetllar pel conjunt dels interessos que, de forma real i efectiva, es puguin veure afectats per la instal·lació de la infraestructura corresponent. Aleshores és "*absolutamente legítimo que el municipio, para controlar y regular el uso de su propio suelo o subsuelo y velar por los intereses municipales comprometidos*" conegui el programa general de les actuacions que els subjectes promotors hi pretenguin dur a terme, fins i tot la possibilitat de coordinar i fins i tot aprovar aquesta planificació d'actuacions. Per això, conclou que "*el hecho de que la instalación de antenas de telefonía móvil esté vinculada a la aprobación del programa de desarrollo contenido en la Ordenanza cuestionado constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia*". Aquest programa municipal

pot incloure mesures de racionalització d'instal·lacions i d'adequada ubicació de les antenes per protegir edificis, conjunts catalogats, vies públiques i paisatges urbanístics.

4.3. Els Ajuntaments no poden, però, imposar la utilització de la “millor tecnologia disponible”

L'article 10 de les ordenances qüestionades exigia que les instal·lacions de telecomunicació que s'han d'ubicar en el municipi haurien d'utilitzar la tecnologia disponible en el mercat que comportés el mínim impacte ambiental, visual i sobre la salut de les persones. Aquests condicionants són lògics i coherents (l'anomenada “clàusula de progrés”), atesa la incertesa científicotècnica que continua envoltant encara aquest tipus concret d'infraestructures, des de la prevalença del principi de precaució o cautela. Però falta la base competencial per exigir-la. Les restriccions municipals a la instal·lació de xarxes i antenes han de supeditar i legitimar-se —com a cristal·lització del conjunt d'interessos locals susceptibles de protecció— en exigències de contingut fonamentalment urbanístic i mediambiental. I no és admissible, diu la sentència, que l'Ajuntament exerceixi cap tipus de control sobre els aspectes tecnològics de les instal·lacions, perquè fuig de l'àmbit de la seva competència. Els únics condicionaments tecnològics possibles que podria exigir l'Ajuntament serien els relacionats amb la necessitat d'integració visual i ambiental de les instal·lacions amb l'entorn.

4.4. Altres límits específics municipals a la instal·lació d'antenes i instal·lacions de telecomunicació

L'ordenança local qüestionada imposava també determinats límits a la instal·lació d'aquestes infraestructures atenent la protecció de l'entorn, l'afecció a l'impacte visual, mediambiental o de salubritat, com a riscos no admissibles, a la seva ubicació en edificis i conjunts especialment protegits o la seva proximitat a centres educatius, sanitaris o geriàtrics, i sempre amb un valor màxim, en tot cas, d'immissió electromagnètica.

La sentència declara, en primer lloc, que l'Administració local no té competència en matèria de salut pública, com a títol genèric, i anul·la aquesta menció com a criteri habilitant de condicionalització.

Pel que fa a la protecció de determinats béns urbans, com ara edificis o conjunts protegits, les possibles limitacions municipals sí que estarien justificades, ja que es tracta, fins i tot, de mesures de protecció contingudes en la normativa general urbanística, fins i tot es poden qualificar de limitacions absolutes.

Respecte a la limitació d'instal·lacions en la proximitat dels centres educatius, sanitaris o geriàtrics, si bé és cert que els ens locals, davant la prestació dels serveis de telefonia i comunicació, poden establir condicionaments paisatgístics o estètics d'incidència ambiental, aquestes limitacions no poden determinar, ni directament ni indirectament, pel seu propi caràcter instrumental o auxiliar, l'establiment concret de nivells (màxims) d'immissió, limitació de distàncies o, com es deia, imposició de restriccions que tinguin el fonament en la invocació de raons sanitàries.

L'article 14 de l'ordenança disposava, finalment, la prohibició d'ubicar les instal·lacions qüestionades en un radi més petit de 500 metres del sòl classificat com a urbà o urbanitzable, com a mesura de prevenció o cautela davant els possibles riscos, en un context sempre d'incertesa i, per tant, d'excepcionalitat administrativa, susceptibles de derivar-se d'aquestes instal·lacions per a la salut, integritat i qualitat de vida dels ciutadans. La sentència anul·la igualment aquesta determinació, i argumenta que aquestes mesures s'haurien d'incloure en els instruments d'ordenació del territori corresponents, que són insuficients, per falta de competència material, la seva recepció en una simple ordenança municipal. A més, no són limitacions recolzades en criteris d'ordenació urbanística, paisatgística o mediambiental, aspectes que podrien donar cobertura a aquestes decisions municipals, sinó merament justificats —diu expressament la sentència— per la “por” de la incidència d'aquestes instal·lacions sobre la salut humana, aspectes de competència exclusiva estatal.

5. Dissociació del procediment sancionador en matèria ambiental i l'obligació de restauració del dany

La Sentència del TSJA (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 3a, seu de Granada) de 25 d'octubre de 2010, rec. 154/2006, reconeix la possibilitat de diferenciar entre possible sanció administrativa, derivada de la comissió d'un il·lícit administratiu, i obligació o mandat de restitució o restauració dels danys produïts, des d'una perspectiva de prevalença evident de les consideracions ambientals.

En aquest cas concret, a l'infractor se li va imposar una sanció de multa i l'obligació de restituir el terreny a l'estat previ als treballs realitzats, demolir el que havia construït indegudament i retirar a l'abocador autoritzat la runa. La sanció principal seria posteriorment anul·lada per haver vulnerat els principis de legalitat i tipicitat, bàsics en dret administratiu sancionador (ja que la comunitat andalusa no ha desplegat la normativa estatal bàsica amb vista a la tipificació específica d'infraccions en matèria d'espais naturals protegits, impeding tant l'exacta qualificació com la modulació i graduació de les accions), però el TSJA assenyala que es pot apreciar una certa autonomia entre ambdues conseqüències sancionadores, i que pot mantenir-se, per tant, l'obligació accessòria (tot i l'anul·lació de la sanció principal de cobertura). L'argument és la naturalesa diferent, tot i la interrelació, d'ambdues conseqüències jurídiques. Una cosa és l'enervació de possibles sancions, per qüestions de legalitat, i una altra el manteniment automàtic dels danys ambientals produïts. L'anul·lació de la sanció principal "*no impide que el hecho infractor, en cuanto conducta antijurídica típicamente descrita, exista y reciba otro tipo de consecuencia por el ordenamiento jurídico*". Es manté, doncs, l'obligació de restituir malgrat l'anul·lació de la sanció pecuniària principal. I sembla lògic. La desvirtuació, material o processal, d'una resolució sancionadora no ha d'implicar sempre la nul·litat integral del procediment. En aquest cas concret, la infracció existeix i l'anul·lació de la sanció prové de la manca de desenvolupament legislatiu per part de la comunitat autònoma de la normativa aplicable i del règim disciplinari corresponent. Hi ha, doncs, un fet antijurídic, que, a més, ha causat un dany o afecció ambiental. Les conseqüències derivades de l'anul·lació de la sanció, sobretot si es deuen a la (inexplicable) falta d'activitat legislativa de la comunitat autònoma necessàriament no han de perjudicar encara més l'entorn ambiental danyat.

A més, la solució de mantenir les obligacions accessòries —que no són una sanció addicional a la principal— no vulnera els principis fonamentals de defensa. Com diu la sentència, el subjecte sancionat ha tingut, com de fet ha efectuat, totes les possibilitats d'articular les al·legacions i els mitjans de prova necessaris en la seva defensa respecte de la conseqüència sancionadora, raó per la qual, tot i tramitar conjuntament el procediment sancionador i de reparació del dany causat a l'espai natural, l'anul·lació de la sanció principal no ha de suposar la de l'obligació de reparació imposada, en atenció

fonamentalment, i al marge de consideracions de protecció ambiental prioritària, del principi de conservació d'actes administratius.