

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN CANARIAS

ADOLFO JIMÉNEZ JAÉN

Profesor titular de Derecho Administrativo

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Sumario: 1. Ordenanza Municipal para la instalación y funcionamiento de infraestructuras de telecomunicación en el término municipal de San Bartolomé (STSJCA núm. 302/2014, de 14 de marzo). 2. Instalaciones de base para antenas de telefonía móvil (STSJCA núm. 144/2014, de 15 de mayo). 3. Limitaciones de usos impuestas por el Plan Insular de El Hierro, motivadas por la existencia de espacios naturales protegidos (STSJCA núm. 43/2014, de 23 de abril).

1. Ordenanza Municipal para la instalación y funcionamiento de infraestructuras de telecomunicación en el término municipal de San Bartolomé (STSJCA núm. 302/2014, de 14 de marzo)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 14 de marzo de 2014 analiza la Ordenanza Municipal para la instalación y funcionamiento de infraestructuras de telecomunicación en el término municipal de San Bartolomé, aprobada por Acuerdo plenario del 21 de abril del 2009 y publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia*, núm. 40, de 26 de marzo del 2010. El recurso se dirige contra diversos artículos de dicha Ordenanza por entender que el Ayuntamiento no tiene competencias para aprobar dichas normas, esto es, que ha invadido competencias de la Administración general del Estado.

En primer lugar, se impugna el artículo 5, que reconoce al Ayuntamiento potestad para controlar las emisiones radioeléctricas, si bien la propia Ordenanza reconoce las competencias de control e inspección que corresponden al Estado. En este sentido, lo que se dispone es que la Administración municipal, en caso de observar el incumplimiento por parte del operador de las condiciones en las que deben realizarse las emisiones radioeléctricas, pondrá los hechos en conocimiento del ministerio competente a los efectos de que tome las medidas oportunas.

Para el Tribunal, se trata “de una mera cooperación interadministrativa en la inspección de las instalaciones, pero sin que el Ayuntamiento se arrogue competencia alguna en la adopción de medidas contra aquellas emisiones radioeléctricas que no se ajusten a las condiciones reglamentariamente establecidas; en tales casos, como queda dicho, el Ayuntamiento se limitará a poner en conocimiento de la Administración estatal los hechos que pudieran constituir un incumplimiento de las condiciones establecidas”.

Asimismo, se cuestionan las disposiciones sobre compartición de los emplazamientos e infraestructuras de telecomunicaciones contenidas en el artículo 6. Según la resolución judicial, “los Ayuntamientos no pueden imponer a las operadoras compartir las instalaciones de manera ejecutiva, porque no entra dentro de sus competencias”, si bien

“sí pueden emitir los informes pertinentes y promover las actuaciones necesarias para que esta decisión sea tomada por las instancias competentes, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, siempre que ello redunde en la defensa de los intereses del municipio, límites que aparecen respetados en el artículo 6 que se impugna”.

Más enjundia tiene el enjuiciamiento que se realiza en relación con los emplazamientos en sitios preferentes, que el artículo 7 permite establecerlos excepcionalmente “por razones urbanísticas, medioambientales o sanitarias”.

La resolución del Tribunal Superior Canario comienza recordando que la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre del 2013 señala que “las Corporaciones Locales no pueden regular y exigir, en este caso mediante un Plan Especial, normas adicionales de protección de la salud pública más estrictas que las fijadas por la normativa estatal básica —Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre—, en relación con las prohibiciones de ubicación, distancias a los espacios sensibles, y emplazamiento de las instalaciones”.

En este caso, la Ordenanza impone la utilización de los emplazamientos preferentes de forma obligatoria por razones sanitarias, con lo que se concluye que “se están imponiendo restricciones adicionales con fundamento en la protección de este valor, lo que entra en contradicción con la citada jurisprudencia”. La consecuencia lógica es la estimación del recurso “en cuanto que las razones sanitarias no podrán determinar el señalamiento de emplazamientos preferentes si con ello se adoptan normas adicionales de protección de la salud pública más estrictas que las fijadas por la normativa estatal básica”.

Por otro lado, la prohibición de establecimiento de infraestructuras e instalaciones de telecomunicaciones en bienes de interés cultural, bienes declarados como patrimonio histórico y espacios naturales protegidos, y su limitación en los conjuntos histórico-artísticos, zonas arqueológicas y jardines declarados de interés cultural, corren mejor suerte, ya que, para el Tribunal, esta disposición “tiene una clara habilitación en la competencia municipal para la protección del patrimonio histórico-artístico municipal y para la protección del medio ambiente”.

Seguidamente se analiza la impugnación de los artículos 9 —condiciones de instalación de antenas sobre fachadas—, 10 —instalación de antenas sobre elementos pertenecientes al mobiliario urbano—, 11 —condiciones para la instalación de antenas

sobre construcciones y edificios— y 12 —condiciones para la instalación de contenedores de equipos sobre cubiertas—, alegando los recurrentes que sus disposiciones inciden sobre aspectos que son competencia estatal.

Para el Tribunal, las condiciones contempladas en estos preceptos están amparadas en la competencia municipal en materia de urbanismo. En este sentido, razona que la finalidad de la norma es la de regular el orden urbanístico estético y la seguridad de las edificaciones. Así, se afirma que la prohibición de antenas en las fachadas, salvo que no puedan instalarse en otro lugar y se mimeticen con sus materiales; la obligación de integrar las antenas con el mobiliario urbano donde se instalen y su mimetización con el paisaje urbano; la reducción del impacto visual en las instalaciones efectuadas sobre edificaciones; y las distancias para la instalación de los contenedores de equipos respecto del borde de las cubiertas, a efectos de evitar la precipitación al vacío, “no están inspiradas en razones sanitarias, sino de seguridad pública”.

A continuación, se examina la exigencia de licencia de instalación de la actividad clasificada impuesta por el artículo 13. La Sala comienza haciendo un recorrido por diversas resoluciones que ya ha dictado en esta materia. Así, la Sentencia de 19 de febrero de 2010 ya recordaba que lo que estas normas imponen es “que determinadas instalaciones obtengan licencia de apertura de actividad clasificada pero siempre de acuerdo con la Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas Ley 1/1998 que en su artículo 34 establece que es el Gobierno de Canarias quien aprueba el nomenclátor de las actividades clasificadas, que en ningún caso tiene carácter limitativo pudiendo ser calificadas como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas otras actividades no comprendidas en él, que respondan a las definiciones del art. 2.1 de esta ley”. Y añadía: “[...] estamos ante una actividad clasificada y, por ello, procederá conforme al procedimiento previsto al respecto en la ley autonómica, remitiendo la documentación al Cabildo a quien corresponderá calificar la actividad, y remitir la documentación al Ayuntamiento para que resuelva sobre el otorgamiento de la licencia”. Por todo ello, “los artículos así interpretados de esta manera no invaden competencias autonómicas, ya que los artículos 15 siguientes de la Ley 1/1998 prevén la intervención de los Ayuntamientos en el inicio de la tramitación de estas actividades clasificadas, y en la fase final, tras el informe del Cabildo sobre la calificación”.

A continuación, también se trae a colación la doctrina de la otra sala del Tribunal

Superior de Justicia de Canarias, la que tiene su sede en Santa Cruz de Tenerife, concretamente la Sentencia de 28 de diciembre de 2007, en la que se había afirmado que “el sometimiento de las infraestructuras radioeléctricas incluidas en el ámbito de la Ordenanza a la obtención de licencia de obra, actividad y funcionamiento (artículo 10), es conforme a derecho. No cabe duda del impacto que una instalación de esas características supone, y sobre la necesidad de someterla a la autorización previa de la Administración para comprobar el cumplimiento de la normativa urbanística y ordenanzas dictadas sobre las mismas en ejercicio de la competencia municipal en estas materias, instalaciones de nueva planta que requieren la obtención previa de licencia urbanística, como la Sala ha ratificado en innumerables casos, así como también requieren de licencia de actividad clasificada”.

Hasta aquí lo que habían venido diciendo las salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Sin embargo, con ocasión de la Sentencia de 1 de octubre de 2009 (rec. 248/2007) se va a producir un hecho que provoca un giro en la doctrina del Tribunal. Efectivamente, sobre la última sentencia citada se ha pronunciado la Sentencia de la Sala Tercera, Sección 4.^a, del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2012 (rec. 3830/2010, ponente: Antonio Martí García), que ha rechazado la doctrina anterior, lo que nos obliga ahora a revisar tales pronunciamientos. En esta resolución, el Tribunal Supremo concluye lo siguiente:

[L]a sentencia, tras demostrar conocer nuestra doctrina, declara conformes en Derecho, no por la declaración que dicho régimen regulatorio se ampare en el ámbito objetivo de lo que la Ley canaria define como actividad clasificada, como por la expresión de un juicio de hipótesis, esto es que pueda ser o no que se incluya la instalación de estaciones base de telefonía móvil como actividad clasificada en la Ley autonómica, incógnita que no despeja y que deja a la suerte de lo que decida aplicativamente en cada supuesto el órgano encargado de la calificación y tramitación del expediente de actividad, como, en su consecuencia, la sentencia avala la legalidad de los preceptos de la Ordenanza en cuanto no resulta de presente la ilegalidad denunciada, en verdad no resuelta.

Llegados a este punto, son de sobra conocidas las limitaciones que a esta Sala afectan a la hora de revisar una controversia que requiere efectuar la interpretación del Derecho autonómico, cuestión en principio vedada al conocimiento de esta Sala de casación, mas sucede que aquí la Sala territorial encargada de la

interpretación del derecho autonómico no declara por sí que la actividad sujeta a la Ordenanza constituya una actividad calificada a tenor de la Ley autonómica 1/1998, siendo de esta manera que, a falta de la explícita declaración jurisdiccional por la Sala que ello sea así, es procedente la declaración de nulidad de los preceptos de la Ordenanza que sujetan la actividad a un régimen de protección ambiental no amparado por la ordenación legal autonómica.

En consecuencia, el Tribunal Supremo termina declarando la ilegalidad del precepto de la Ordenanza que incluye la instalación de estaciones base de telefonía móvil como actividad clasificada.

El Tribunal vuelve a citar resoluciones suyas anteriores, pero en las que aplica ya el nuevo criterio impuesto por el Tribunal Supremo. Así, en este mismo sentido, señala: “[...] en la Sentencia de esta Sala y Sección de 9 de noviembre de 2007 (rec. 109/2007) dijimos que no compartimos que la actividad —instalación de una estación base de telefonía móvil— es susceptible de entenderse incluida en el nomenclátor bajo la rúbrica de ‘Establecimientos dedicados a la radio-comunicación y servicios en general’. El Ayuntamiento carecía de potestad para clasificar, directamente y con carácter general, la instalación de estaciones base de telefonía móvil”.

La conclusión a aplicar ahora es clara: “[...] en virtud del principio de unidad de criterio que impone la seguridad jurídica, estimamos en este punto la demanda y anulamos el precepto impugnado”.

Por otro lado, en el artículo 14.4 de la Ordenanza se dice que “las licencias para la instalación de servicios de radiocomunicación podrán revisarse a instancias del Ayuntamiento cuando hayan transcurrido, como mínimo, dos años desde su autorización o última revisión, siempre que la evolución tecnológica haga posible aplicar soluciones que disminuyan el impacto visual o las modificaciones del entorno hagan necesario reducir el impacto”.

El recurso presentado por la operadora se apoya en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2011, que consideró nula una disposición transitoria de la Ordenanza Municipal impugnada en aquel recurso, ya que trataba de excluir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 16.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, esto es, la necesidad de indemnizar por la revocación de las licencias anteriores por cambio de criterios de apreciación.

Ahora bien, según el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en la Ordenanza de San Bartolomé “se hace una previsión de la posibilidad de requerir la adaptación de las licencias a mejoras tecnológicas o variación de las circunstancias del entorno, pero no hay dato alguno que permita afirmar que se trata de excluir la necesidad de indemnizar a las operadoras por las modificaciones que deban realizar en sus instalaciones”.

Por lo tanto, este precepto debe interpretarse en el sentido de que la revisión de las licencias exigirá indemnizar a sus titulares por las mejoras tecnológicas que se les impongan o por los cambios que deban introducir como consecuencia de la adaptación de las instalaciones a un nuevo entorno.

Los artículos 15 y 16 regulan la obligación de presentar ante el Ayuntamiento un programa de implantación y desarrollo, que es exigible a las operadoras de nueva implantación o que traten de modificar los emplazamientos de sus instalaciones.

La argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Canarias encuentra su apoyo en las resoluciones del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2005 y 17 de enero de 2009, en las que se afirma que “la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales [...]. Con este objetivo no parece desproporcionado la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento”.

Para el Tribunal autonómico, por más que “la aparición de nuevos servicios, la creciente demanda de servicios por los clientes, el desarrollo de nuevas tecnologías y la aparición de circunstancias imprevistas pueda determinar que el plan presentado quede obsoleto y necesite ser modificado, ninguna previsión en la ordenanza determina que el mismo no pueda ser modificado y adaptado a las nuevas necesidades de las operadoras, siempre que existan razones justificadas para ello y sean conciliables con los intereses generales del municipio”.

También se discute el apartado b) del artículo 17, según el cual “las instalaciones deberán de utilizar la mejor tecnología, en el caso de que resulte necesario para asegurar la compatibilidad del entorno”. Este asunto ha sido tratado en la Sentencia del Tribunal

Constitucional de 22 de marzo del 2011, por la que se anula un precepto similar de una ley autonómica que no se remitía a la legislación estatal al referirse a la obligación de las operadoras de incorporar las mejoras tecnológicas que contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes y a compatibilizar la instalación con el entorno. Pues bien, en el presente caso, esta falta de remisión a las normas estatales sobre límites a las emisiones radioeléctricas permite que se puedan establecer condiciones aún más restrictivas a dichas emisiones, lo cual no es competencia de las corporaciones locales, como establece la STC de 11 de febrero del 2013. Por esta razón, se procede a anular el precepto recurrido.

El artículo 23 de la Ordenanza afirma que “el Ayuntamiento podrá exigir una fianza al titular de la instalación para cubrir la ejecución de todas las medidas de protección y de corrección que se impongan y el desmantelamiento de la misma. Dado que el mal estado de las instalaciones podría afectar a las personas y los bienes”. Para el Tribunal, se trata “claramente de condiciones impuestas a los titulares de licencia que no tienen habilitación legal. No existe un precepto legal que exija que el titular de una licencia deba prestar una fianza para responder de los posibles daños y perjuicios que pueda causar la instalación de telefonía móvil, o para garantizar la ejecución de las medidas correctoras que cautelarmente se le ordene adoptar en caso de riesgo para terceros derivados del mal estado de las instalaciones”. En consecuencia, también aquí da la razón al demandante.

Se impugnan los artículos 24 a 35, sobre “régimen sancionador de las infracciones”, aunque se limita a decir el demandante que deben anularse aquellos preceptos que no sean transcripción del texto refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo. La Sentencia estima que en apariencia “todos los preceptos no son sino una transcripción de normas legales en materia sancionadora urbanística”, si bien entiende que el artículo 34 sobre multas coercitivas no se ajusta a la normativa en este momento en vigor ya que “al tiempo de aprobarse la ordenanza había sido modificado ya el artículo 179 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto legislativo 1/2000, de 8 de mayo. Este precepto carece pues de cobertura legal”.

El artículo 36 impone a los infractores la obligación de indemnizar daños y perjuicios,

así como la reposición de las cosas a su estado anterior. Según el criterio de la Sala, el precepto es confuso, “ya que no se deja claro si la obligación de restaurar las cosas al estado anterior a la comisión de la infracción comprende los daños ocasionados a los bienes jurídicos protegidos por la ordenanza, o comprende también los daños causados a terceros, en cuyo caso, no es competencia del municipio regular esta materia sobre responsabilidad extracontractual”. En este punto también se estima el recurso.

El artículo 38 establece que “la Alcaldía podrá acordar la publicación, a través de los medios que considere oportunos, de las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves, una vez que éstas hayan adquirido firmeza”. De acuerdo con la resolución del Tribunal Superior de Canarias, este precepto choca frontalmente con el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, según el cual “los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas solo podrán ser incluidos en ficheros de las administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras”. En este punto, la Sentencia concluye que “si se establecen restricciones a la inclusión de estos datos especialmente protegidos en ficheros de las propias administraciones públicas, tanto más es contrario al espíritu de la norma que se publiquen dichos datos y estén al alcance del público en general”.

2. Instalaciones de base para antenas de telefonía móvil (STSJCA núm. 144/2014, de 15 de mayo)

A pesar de haber tratado este tema con amplitud en la resolución anterior, hay que destacar que en la fecha en la que se producen los hechos enjuiciados ya se había producido un cambio normativo: la aprobación de la Ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias, así como del Decreto 52/2012, de 7 de junio, en el que se establece la relación de actividades clasificadas y se determinan aquellas a las que resulta de aplicación la autorización administrativa previa. Así, el criterio jurisprudencial ha cambiado, ya que ahora se recoge expresamente que las “instalaciones para la radiocomunicación” están consideradas como actividades clasificadas. La mencionada Ley 7/2011 procedió a derogar la hasta entonces vigente Ley 1/1998, de 8 de enero, de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 15 de mayo de 2014 estudia el recurso de apelación contra la resolución judicial del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo correspondiente de 17 de enero de 2014 relativa a la Resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo, de fecha 24 de agosto de 2012, por la que se impone una multa por la comisión de una infracción administrativa muy grave prevista en el artículo 62.1 de la Ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias, consistente en el desarrollo de una actividad o la apertura de un establecimiento de los sujetos a esta ley sin la previa licencia correspondiente o sin haber cursado la comunicación previa o declaración responsable, cuando fueran exigibles, al haberse probado que el día 7 de febrero de 2012 la estación base de telefonía móvil se encontraba en funcionamiento sin licencia de actividad clasificada. Asimismo, se acuerda el cese definitivo de la actividad.

El Juzgado procede a anular el acto de la Gerencia Municipal de Urbanismo, ahora recurrente. La anulación del acto recurrido, esto es, la sanción y el desmantelamiento de la antena, se fundamenta en que la instalación de una estación base de telefonía móvil no estaba prevista legalmente como una actividad clasificada en el momento en el que se llevó a cabo su instalación, razón por la cual el Juzgado procede a anular el acto de la Gerencia ya que no se había realizado la conducta infractora sancionada. Y ello porque la Ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias, no contiene la relación de actividades clasificadas, y, además, el mencionado Decreto 52/12, por el que se establece la relación de actividades clasificadas en Canarias y que incluye las “instalaciones para la radiocomunicación” en el punto 11.31 del anexo, no se encontraba en vigor en el momento de realizar la instalación base de telefonía móvil.

En definitiva, la cuestión que estudia la Sentencia es si en el momento en que se llevó a cabo la inspección origen de la posterior sanción y orden de cierre era posible hacerlo, dado que, cuando la operadora llevó a cabo la instalación de la base de la antena, no era exigible la licencia de actividad clasificada.

Conviene ya señalar que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias da la razón al apelante y estima el recurso, por lo que declara la validez del acto de la Gerencia Municipal de Urbanismo.

Con todo, hay que señalar que el Tribunal realiza un planteamiento que obvia el hecho de que en el momento de hacer la instalación de la base para la antena dicha actividad no estaba sometida a la licencia de actividades clasificadas. En efecto, como ya se ha dicho, en la fecha de la instalación no era exigible ni la autorización ni la comunicación previa o declaración responsable, de ahí que los recurrentes alegaran la incorrecta aplicación de la Ley de 2011 y del Decreto 52/2012.

Sin embargo, el Tribunal plantea la cuestión desde otra perspectiva. Los recurrentes alegan que se está llevando a cabo una aplicación retroactiva de la Ley de 2011 y del Decreto 52/2012. Sin embargo, el Tribunal da un giro al planteamiento de los recurrentes. Efectivamente, niega que se haya producido una aplicación retroactiva de la Ley de 2011, ya que en este supuesto no se sanciona la falta de la correspondiente solicitud de licencia, sino la actividad en sí misma considerada, que, en el momento en que se lleva a cabo la inspección, “se realiza sin la preceptiva licencia municipal”. La cuestión parece quedar aclarada cuando señala a continuación: “Se trata de una infracción administrativa continuada que ha de ser sancionada con la legislación vigente en el momento en el que se comprueba el funcionamiento de la estación base de telefonía móvil y no a la fecha de la instalación”; y lo precisa algo más cuando a continuación afirma que lo “relevante a los efectos de este expediente es que a la fecha de la inspección practicada por la Gerencia Municipal de Urbanismo la actividad clasificada se estaba realizando sin el preceptivo control administrativo previsto por la Ley. Aunque conste solicitada licencia de actividad clasificada antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Actividades Clasificadas, al no haber cesado la actividad ilegal, se sigue cometiendo la infracción administrativa, si la nueva Ley, la de 2011, así lo hubiera previsto, y el cese ha de ser acordado por la Administración demandada en consecuencia de tal ilegalidad”.

Desde luego el razonamiento no es nada claro y, seguramente por ello, el Tribunal acude a un planteamiento alternativo para tratar de justificar el sentido de su fallo.

En ocasiones anteriores, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias había admitido la potestad de los ayuntamientos para exigir la licencia de actividad a las estaciones base de antenas de telefonía móvil, doctrina que tuvo que cambiar como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2009, en la que entiende que el planteamiento realizado por el Tribunal Autonómico carecía de fundamento.

De ahí que ahora se busquen argumentos nuevos; en este sentido, ha de advertirse que el planteamiento del Tribunal es, en ocasiones, realmente bastante oscuro.

El Tribunal plantea esta cuestión en relación con las dos leyes que han regulado las actividades clasificadas en la Comunidad Autónoma de Canarias:

— El artículo 34.3.n) de la Ley 1/1998, de 8 de enero, de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas, incluía expresamente como actividad clasificada los establecimientos dedicados a la radiocomunicación y los servicios en general, y ya se ha comentado que el Tribunal Supremo había negado que en dicho epígrafe pudieran incluirse las bases de antenas móviles. Pues bien, sostiene ahora el Tribunal que la disposición transitoria cuarta de dicha Ley se remitía al nomenclátor anejo al Reglamento estatal de 1961, y en dicha disposición las actividades clasificadas no estaban tasadas ya que, según su artículo 2, quedaban “sometidas a las prescripciones de este Reglamento, en la medida que a cada una corresponda, todas aquellas ‘actividades’ que a los efectos del mismo sean calificadas como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, de acuerdo con las definiciones que figuran en los artículos siguientes e independientemente de que consten o no en el nomenclátor anejo, que no tiene carácter limitativo”.

— Una vez que entra en vigor la Ley 7/2011 (norma que se aplica para imponer la sanción a la operadora), resulta de aplicación “la disposición transitoria cuarta de dicha Ley, y, en consecuencia, tienen la consideración de actividades clasificadas las previstas en el Decreto 2414/1961 y otras de efectos análogos a las mismas que respondan a la características señaladas en el artículo 2.1.a): ‘las que sean susceptibles de ocasionar molestias, alterar las condiciones de salubridad, causar daños al medio ambiente o producir riesgo para las personas o para las cosas’”.

La radiocomunicación, dice ahora la Sala, “definida por la RAE como ‘telecomunicación realizada por medio de las ondas radioeléctricas’ es una actividad clasificada por la necesidad de fijar restricciones a la exposición a los campos electromagnéticos y distancias de protección a fin de evitar riesgos para la salud de las personas. Las emisiones radioeléctricas generan campos electromagnéticos que pueden ser perjudiciales para la salud pública si se superan los niveles de emisión tolerables”.

En apoyo a su argumentación cita la exposición de motivos del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece

condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, que señala: “El Reglamento que se aprueba por este Real Decreto tiene, entre otros objetivos, adoptar medidas de protección sanitaria de la población. Para ello, se establecen unos límites de exposición del público en general a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas, acordes con las recomendaciones europeas. Para garantizar esta protección se establecen unas restricciones básicas y unos niveles de referencia que deberán cumplir las instalaciones afectadas por este Real Decreto. Al mismo tiempo, se da respuesta a la preocupación expresada por algunas asociaciones, ciudadanos, corporaciones locales y Comunidades Autónomas”.

Desde luego, resulta destacable esta nueva argumentación, la cual, según la propia resolución judicial, ya fue aplicada en la Sentencia de 5 de diciembre de 2013, sobre todo si se tiene en cuenta que el Reglamento ahora citado en justificación del sometimiento de este tipo de instalaciones a la reglamentación de actividades clasificadas es del año 2001.

En consecuencia, el Tribunal estima el recurso, anula la Sentencia del Juzgado y da la razón a la Gerencia Municipal de Urbanismo, confirmando la legalidad de la sanción y de la orden de retirada de la estación.

3. Limitaciones de usos impuestas por el Plan Insular de El Hierro, motivadas por la existencia de espacios naturales protegidos (STSJCA núm. 43/2014, de 23 de abril)

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 28 de abril de 2014 analiza la legalidad de las limitaciones impuestas por el Plan Insular de El Hierro a determinadas fincas situadas en un ámbito protegido por la normativa de espacios naturales y por la legislación europea relativa a la red Natura 2000. La intención de los recurrentes era la de adecuar la ordenación territorial llevada a cabo por el mencionado Plan Insular al potencial agrícola de las fincas, donde se había implantado un proyecto pionero, concretamente en el lugar conocido como el Mar de las Calmas, que pretendía extenderse a otras fincas. Sin embargo, la zonificación de usos realizada en el Plan Insular de Ordenación de El Hierro trunca el desarrollo del proyecto e impide una

explotación intensiva (primordialmente mediante invernaderos) de las fincas.

La resolución judicial comienza recordando una idea ya consolidada en la jurisprudencia acerca de la potestad de planeamiento: “[...] el planificador no está sujeto por las determinaciones adoptadas por los anteriores instrumentos de ordenación ni por los usos que en virtud de los mismos se hayan podido implantar, sino que tiene la potestad de variar la ordenación si así mejor conviene a los intereses generales, dejando fuera de ordenación los usos establecidos”.

A continuación, se entra de lleno en el fondo del asunto, partiendo para ello del informe del Servicio Técnico de Planeamiento Territorial Occidental, según el cual: “[...] en su amplia mayoría las determinaciones del Plan Insular para este ámbito vienen impuestas por la circunstancia de que una buena parte del mismo integra el Parque Rural de Frontera, espacio natural protegido declarado por la Ley 12/1987, de 19 de junio, como parque natural de El Hierro y reclasificado por la Ley 12/1994, de 19 de diciembre, como parque rural. Dentro del parque rural se encuentran total o parcialmente las fincas El Julan, Los Jables, Las Galerías, Finca Tocarón, El Lajeal, Finca Mar de las Calmas y Finca Los Carriles, lo que es corroborado por el informe del perito judicial”.

A partir de esa realidad, se trae a colación el propio concepto de parque rural: “[...] son aquellos espacios naturales amplios, en los que coexisten actividades agrícolas y ganaderas o pesqueras con otras de especial interés natural y ecológico, conformando un paisaje de gran interés cultural que precise su conservación. Su declaración tiene por objeto la conservación de todo el conjunto y promover a su vez el desarrollo armónico de las poblaciones locales y mejoras en sus condiciones de vida, no siendo compatibles los nuevos usos ajenos a esta finalidad” (artículo 48.6 b del texto refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo).

A partir de este precepto, la Sala llega a la conclusión de que los “nuevos usos que se implanten en el parque rural tendrán que ser compatibles con los fines de protección del mismo y no modificar el paisaje en su conjunto. Respecto de los usos agrícolas nuevos deberán evitarse aquellos que tengan un impacto paisajístico negativo, mediante la roturación de nuevas tierras que afecten significativamente a la flora natural existente; especialmente, aquellos usos agrícolas intensivos, como los que se desarrollan mediante la construcción de invernaderos son incompatibles con los fines de protección de los

parques rurales”.

Existe, además, otro argumento que corrobora la anterior conclusión. Este parque rural ha sido declarado zona de especial protección para las aves (ZEPA ES0000103). Además, una buena parte del Parque también ha sido declarada zona de especial conservación de frontera (ZEC ES 7020099), declaración que afecta a todas las parcelas de los demandantes. Esto impone que deban adoptarse medidas adicionales de conservación de estos hábitats.

Se describe a continuación la ordenación contenida en el Plan: “Siguiendo los imperativos del Decreto 6/1997, de 21 de enero, por el que se fijan las directrices formales para la elaboración de los planes de ordenación de recursos naturales, se establece la zonificación de usos según las áreas sean de máximo valor natural (zona A), o coexistentes con actividades humanas productivas de tipo tradicional (zona B). Dentro de ésta se distinguen las subzonas Ba, que alberga valores paisajísticos, forestales o naturales de importancia, o tengan potencialidad para albergarlos, y la subzona Bb que acoge actividades productivas de tipo tradicional o que, por su morfología, accesos y demás factores del proceso productivo, sea susceptible de acogerlas”.

Finalmente, como es corriente en este tipo de recursos, la Sentencia basa su argumentación en el informe de los técnicos: “En el informe del Servicio Técnico de Planeamiento Territorial Occidental se explica pormenorizadamente los valores que justifican en cada caso la zonificación. Merece especial referencia la finca Mar de las Calmas que se encuentra en las ARH reserva y ARH de morfología volcánica singular. Si bien en algunos documentos se considera que tiene aptitud productiva, la inclusión en dichas áreas se debe al alto impacto ambiental que produce en el paisaje dentro del cual se inserta, que justifican que sea considerada una actividad fuera de ordenación y a extinguir”.

Restan un par de consideraciones más. Así, se constata la diferencia de criterio del perito judicial: “En general estas consideraciones son compartidas en el muy completo informe del perito judicial que, sin embargo, discrepa de la zonificación de usos previstas en casos específicos para las parcelas 43/174, 43/1055, 43/1058, 43/1057, 44/222, 43/224 y 46/138, proponiendo su inclusión, total o una parte de las mismas, en ARH protección económica productiva extensiva, a fin de permitir el desarrollo de usos

agrarios con mayor flexibilidad. Alguna de estas propuestas afecta a espacios comprendidos dentro del parque rural. Respecto a la Finca Tocarón, que se encuentra dentro de las ARH morfología volcánica singular, ARH paisajes singulares y ARH protección económica productivo extensivo, propone adscribir determinadas áreas a ARH paisajes singulares y otras a ARH protección económica”.

Sin embargo, siguiendo también una doctrina consolidada, se sostiene que, pese a las propuestas del perito judicial, estas no resultan suficientes para una estimación del recurso. Y ello porque debe considerarse “que la potestad de ordenación del territorio es discrecional y ello implica que es posible escoger entre varias decisiones igualmente válidas. Lo que está proscrito es la arbitrariedad, y ninguno de los razonamientos del informe pericial apunta en el sentido de que sean arbitrarias las determinaciones del planificador”.