

INFORME DE 13 DE ABRIL DE 2015 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LOS LÍMITES DE EMISIÓN Y EXPOSICIÓN A EMISIONES RADIOELÉCTRICAS FIJADOS EN UNA ORDENANZA MUNICIPAL RELATIVA A LA INSTALACIÓN DE REDES DE TELECOMUNICACIONES (UM/018/15).

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Con fecha 1 de abril de 2015 ha tenido entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) una reclamación de [una Asociación] de las previstas en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), en relación con la aprobación de la modificación de la Ordenanza reguladora de instalaciones radioeléctricas pertenecientes a las redes de telecomunicaciones de Vitoria-Gasteiz. La modificación citada fue publicada en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava (BOTH) núm.28, el día 6 de marzo de 2015¹.

En sus alegaciones², la reclamante denuncia que el nuevo artículo 9 de la Ordenanza introduce limitaciones indebidas al despliegue de infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas, al fijar los niveles de emisión y exposición a las emisiones radioeléctricas en contravención de la normativa sectorial vigente.

Estos límites supondrían una infracción de los artículos 34.4 y 61 b) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel, en adelante). Asimismo, constituirían una violación del derecho a la libertad de establecimiento de los operadores de telecomunicaciones en los términos previstos en la LGUM.

II. CONSIDERACIONES

1) Límites introducidos en el artículo 9 de la Ordenanza.

En el artículo 9 de la Ordenanza, que lleva por título “*Niveles de Emisión Autorizados*”, se señala que:

“Respecto a los niveles de exposición a las emisiones radioeléctricas y en aplicación de principio de precaución, se tomarán las medidas encaminadas

¹ Arabako Lurralde Historikoaren Aldizkari Ofiziala. Véase texto completo de la modificación de la Ordenanza en el siguiente enlace: https://www.alava.net/botha/Boletines/2015/028/2015_028_01012_C.pdf.

² Véanse páginas 3 a 11 de la reclamación.

hacia un escenario en el cual la ciudadanía no esté sometida a niveles superiores al 0,1 uW/cm², ni en los lugares de trabajo ni en los lugares de residencia. Esta medida se tomará de manera inmediata en las llamadas zonas sensibles: centros escolares, guarderías, centros de salud, centros de mayores...”

Como se observa del propio contenido del precepto transcrito, y aunque el título se refiera a “niveles de emisión”, lo que realmente fija el precepto son niveles de “exposición” o de “inmisión”.

2) Análisis de las limitaciones previstas en la Ordenanza a la luz de la normativa sectorial aplicable (Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y Real Decreto 1066/2001).

El artículo 61 b) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), atribuye al Gobierno la facultad de regular, mediante Real Decreto:

“El procedimiento de determinación, control e inspección de los niveles únicos de emisión radioeléctrica tolerable y que no supongan un peligro para la salud pública, que deberán ser respetados en todo caso y momento por las diferentes instalaciones o infraestructuras a instalar y ya instaladas que hagan uso del dominio público radioeléctrico. En la determinación de estos niveles únicos de emisión radioeléctrica tolerable se tendrá en cuenta tanto criterios técnicos en el uso del dominio público radioeléctrico, como criterios de preservación de la salud de las personas, y 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.”

Lo previsto en el artículo 61.b) LGTel viene ratificado por el apartado 4 del artículo 34 LGTel, donde se señala que:

“La normativa elaborada por las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias que afecte al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas y los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán cumplir con lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones. En particular, deberán respetar los parámetros y requerimientos técnicos esenciales necesarios para garantizar el funcionamiento de las distintas redes y servicios de comunicaciones electrónicas, establecidos en la disposición adicional undécima y en las normas reglamentarias aprobadas en materia de telecomunicaciones, y los límites en los niveles de emisión radioeléctrica tolerable fijados por el Estado.”

De los dos preceptos transcritos se desprenden dos consecuencias:

1ª.- La competencia para la determinación de los niveles de emisión radioeléctrica corresponde al Gobierno, mediante Real Decreto,

tratándose, por tanto, de niveles únicos para todo el Estado. En la actualidad, los niveles de emisión y exposición vienen fijados por 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, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas. Este Reglamento fue elaborado siguiendo las directrices de la Recomendación 1999/519/CE del Consejo, de 12 de julio, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos. El Reglamento fue posteriormente desarrollado por la Orden CTE/23/2002, de 11 de enero³.

2ª.- Los límites fijados por el Gobierno deben ser observados por todas las Administraciones Públicas, inclusive la local.

La competencia exclusiva estatal para fijar los límites de emisión y exposición radioeléctrica ha sido declarada expresamente por el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm.8/2012, de 18 de enero de 2012. En el Fdto 6º de la citada sentencia se añade, además, que dicha competencia actúa como garante de la unidad del mercado de telecomunicaciones en todo el Estado:

“la regulación de los niveles de emisión persigue una uniformidad que responde a un claro interés general no sólo porque los niveles tolerables para la salud han de serlo para todos los ciudadanos por igual, sino también porque los mismos operan como un presupuesto del ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y, concretamente, del ejercicio de las facultades de autorización, seguimiento e inspección de las instalaciones radioeléctricas. Es más, correlativamente, esos niveles de emisión fijados por el Estado funcionan, también, como un elemento determinante del régimen jurídico de los operadores de instalaciones de radiocomunicación, así como de la funcionalidad del mercado de las telecomunicaciones, asegurando su unidad. En definitiva, a través del Real Decreto 1066/2001, el Estado ha establecido una regulación que ofrece, para todo el ámbito nacional, una solución de equilibrio entre la preservación de la protección de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones.

Constatado el carácter básico de la regulación estatal de los niveles tolerables de emisión, es preciso concluir que las Comunidades Autónomas no pueden alterar esos estándares, ni imponer a los operadores una obligación de incorporar nuevas tecnologías para lograr una minimización de las emisiones, no sólo porque ello resulte contrario a las bases establecidas por el Estado en materia sanitaria, sino también porque de esa forma se vulnerarían, en último término, las competencias legítimas del Estado en materia de telecomunicaciones. Procede, pues, declarar la inconstitucionalidad del inciso del artículo 7 de la Ley castellano-manchega en el que se obliga a los

³ Modificada por la posterior Orden ITC/749/2010, de 17 de marzo.

operadores a «incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes».

El Tribunal Supremo, aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en la STC 8/2012, ha indicado explícitamente que la Administración local no puede fijar límites de emisión y exposición radioeléctrica distintos a los previstos en la legislación Estatal. Concretamente, lo ha declarado en sus SSTs de 11 de febrero⁴, 10 de julio⁵ y 30 de septiembre⁶ de 2013. En el Fdto Sexto de la STS de 11 de febrero de 2013 se señala que:

“Ni el principio de autonomía municipal que garantiza el artículo 140 de la Constitución ni el principio de subsidiariedad de la acción de los entes locales que reconoce el artículo 28 LRBRL entre otros campos en el de la sanidad, puede invocarse cuando el Estado en el ejercicio de sus competencias y velando por los intereses generales que a él le corresponden, ha establecido una regulación sobre la misma materia a la que sin duda alguna puede atribuirse una vocación de exclusividad, como sucede con el R.D. 1066/2001, de 28 de septiembre, en el que no sólo se establecen más límites de exposición al público en general a los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas sino que se contienen específicas previsiones sobre la afectación de la población en esos espacios calificados como "sensibles", que agotan las medidas que en este campo puedan adoptarse basadas en el principio de precaución e impiden cualquier actuación municipal adoptada con base en el mismo título habilitante.”

Y en el Fdto Séptimo de la STS de 10 de julio de 2013 el Tribunal ratifica que:

“No poseen margen de regulación (reglamentación mediante Ordenanzas) las Corporaciones Locales para adoptar normas adicionales de protección de la salud pública -ex artículo 25.2 h) Ley 7/1985, 2 de Abril - más estrictas que las fijadas por la normativa estatal básica tanto en relación a los límites de emisión radioeléctrica como en la fijación de distancias mínimas a las correspondientes infraestructuras, al haber ejercitado el Estado -ex artículo 149.1.16ª CE - de forma completa y agotada las medidas de protección sanitaria frente a los niveles tolerables de exposición e estas emisiones.”

Fíjese que el Tribunal Supremo excluye de la competencia municipal tanto la fijación de límites de emisión como el establecimiento de niveles tolerables de exposición, siendo este último supuesto el del artículo 9 de la Ordenanza de Vitoria-Gasteiz objeto del presente informe.

Con relación al límite concreto de exposición fijado en el artículo 9 de la Ordenanza, esto es, a los 0,1 microwatios por centímetro cuadrado (0,1

⁴ Recurso de Casación núm. 4490/2007

⁵ Recurso de Casación núm. 4316/2006.

⁶ Recurso de Casación núm. 2275/2010.

$\mu\text{W}/\text{cm}^2$), dicho límite no está de acuerdo con el RD 1066/2001 y su Orden CTE/23/2002 de desarrollo, ya que:

- No puede fijarse un límite único de exposición, puesto que el apartado 3.1 del Reglamento (RD 1066/2001) establece límites máximos de exposición en función de la frecuencia de emisión.
- En todo caso, el nivel máximo fijado en el artículo 9 de la Ordenanza es sustancialmente inferior a los niveles máximos de exposición previstos para las frecuencias más bajas de telefonía móvil usadas actualmente (800 MHz)⁷.

Por este motivo, diversas ordenanzas municipales que incorporaron el mencionado límite han sido expresamente anuladas por Tribunales Superiores de Justicia. Así, por ejemplo, en el Fdto Cuarto de la STSJ Andalucía (Sevilla) núm. 318/2014 de 20 marzo de 2014⁸ se señala:

"El art. 4.1 de la Ordenanza establece: "El límite máximo de inmisión de densidad de potencia se establece en 0,1 microwatios/cm². En cualquier lugar del término municipal de Dos Hermanas donde la población se encuentre al menos durante seis horas.

Este límite podrá ser revisable según evolucione la investigación científica internacional y sin perjuicio de la obligación de garantizar a los ciudadanos la mínima exposición posible (Principio Alara)" .

Precepto que debe ser anulado por las razones expuestas por la citada Sentencia del Tribunal Supremo, es decir, la falta de competencia municipal para establecer límites de emisión distintos a los establecidos en el RD 1066/2001 (RCL 2001, 2415) ; asimismo, la parte actora ha probado a través del informe pericial aportado que la limitación de potencia fijada en la Ordenanza produce un impacto negativo en la cobertura del término municipal, circunstancia que supone un perjuicio al usuario del servicio. En el mismo sentido la STC de 18 de enero de 2012 y las reciente STS de 10 de julio de 2013 (RJ 2013, 6145) (Rec. Casación nº 4316/2006). Debe añadirse la imposibilidad de que pueda verificarse por la operadora que una persona lleva más de seis horas en un lugar del término municipal para limitar la emisión a la potencia determinada en la Ordenanza. En cuanto a la revisión de los límites según evolucione la investigación científica, ciertamente si carece de competencia para establecerlo tampoco la tendrá para su revisión; en segundo término, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la incorporación de mejoras tecnológicas (cláusula de progreso), invade la competencia del Estado. En el mismo sentido la STS de 24 de abril de 2012 (RJ 2012, 6193) (rec. 4964/2008)."

⁷ Tendrían un nivel máximo de 4 W/m², equivalente a 400 $\mu\text{W}/\text{cm}^2$.

⁸ Recurso contencioso-administrativo núm. 653/2012.

En el mismo sentido que la anterior y sobre el mismo límite de exposición o inmisión (0,1 uW/cm²) se pronunció la STSJ Euskadi núm. 300/2013 de 17 mayo de 2013⁹

3) Análisis de las limitaciones previstas en el artículo 9 de la Ordenanza reclamada a la luz de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado

El artículo 5 de la LGUM señala que:

“Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.”

Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.”

En este caso concreto el Ayuntamiento no puede alegar como razón imperiosa de interés general (principio de necesidad de intervención administrativa) la protección de la salud pública¹⁰ para regular los límites de emisión y exposición radioeléctrica en su término municipal puesto que esta materia ya está regulada por la normativa estatal con carácter exclusivo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y Supremo expuestas anteriormente en este Informe.

La observancia de la normativa sectorial en materia de telecomunicaciones, en la que el Estado tiene competencia exclusiva en virtud del artículo 149.1.21 de la Constitución¹¹, ha sido considerada por el Tribunal Supremo como una garantía de la unidad de mercado. Concretamente, en sus sentencias de 22 de marzo y 14 de julio de 2011¹², el Tribunal Supremo ha declarado que:

“En el ámbito de las telecomunicaciones, la unidad de mercado es un objetivo jurídico requerido por el tan citado artículo 149.1.21 de la Constitución, porque dicha unidad es también, y antes que eso, un imperativo de política económica, que el jurista no puede desdeñar desde el momento que a través de esa unidad se trata de impedir la fragmentación del espacio económico nacional y garantizar una economía de escala, esencial en un ámbito como éste en el que la dimensión del mercado se erige como un parámetro fundamental de su

⁹ Recurso contencioso-administrativo núm. 1100/2010.

¹⁰ Razón incluida en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009.

¹¹ Véase STC 8/2012, de 18 de enero de 2012 (BOE nº 36, de 11.02.2012).

¹² Recursos de Casación núms. 1845/2006 y 31/2007.

desarrollo económico, perspectiva socioeconómica que no puede eludirse en el proceso de interpretación y aplicación de las normas examinadas, que, en cuanto instrumentos al servicio de una política de telecomunicaciones única conformadora de un modelo económico común, deben ser interpretadas no sólo desde una perspectiva jurídico-formal sino también desde un punto de vista finalista, teleológico, que tenga en cuenta el contexto en que se enmarcan y el fin que persiguen.

En consecuencia, en el ámbito de la ordenación técnica de las telecomunicaciones no nos situamos ante una tarea a realizar conjuntamente por el Estado y las Comunidades Autónomas, sino ante el ejercicio de una competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.21 de la Constitución, que se enmarca en la exigencia de la unidad del orden económico en todo el ámbito del Estado, y que exige un mínimo normativo como presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales o disgregadores (véanse Sentencias del Tribunal Constitucional 96/1984 de 19 de octubre, fundamento jurídico tercero, y 133/1997 de 16 de julio, fundamento jurídico séptimo).”

Por otro lado, el límite del artículo 9 de la Ordenanza tampoco cumple con el principio de proporcionalidad del artículo 5 LGUM, puesto que, como se ha razonado en el apartado anterior del presente informe, el límite de exposición de $0,1 \text{ uW/cm}^2$ resulta más restrictivo que los límites previstos en el propio Reglamento Estatal aprobado por RD 1066/2001¹³.

En este sentido, y en la línea de lo indicado por la SECUM en las páginas 9 a 10 de su Informe núm.26.6 de 27 de junio de 2014¹⁴, la normativa sectorial aplicable (esto es, el RD 1066/2011 y la Orden CTE/23/2002) ya ha realizado el test de proporcionalidad previo al establecer los límites de emisión y exposición radioeléctrica¹⁵.

¹³ El apartado 3.1 del Reglamento (RD 1066/2001) establece límites máximos de exposición en función de la frecuencia de emisión y no un límite único como el artículo 9 de la Ordenanza. En todo caso, el nivel máximo fijado en el artículo 9 de la Ordenanza es sustancialmente inferior a los niveles máximos de exposición previstos para las frecuencias más bajas de telefonía móvil usadas actualmente (800 MHz).

¹⁴ Telecomunicaciones – Instalación de Antenas – Cataluña.

¹⁵ “La normativa sectorial aplicable (LGTel) ha realizado este test de proporcionalidad previo, al considerar que la declaración responsable es la actuación administrativa necesaria y proporcionada para salvaguardar las razones imperiosas de interés general que se esgrimen en determinados supuestos establecidos en la citada Ley.”

III. CONCLUSIONES

1ª.- Las limitaciones contenidas en el artículo 9 de la Ordenanza municipal reguladora de instalaciones radioeléctricas pertenecientes a las redes de telecomunicaciones de Vitoria-Gasteiz resultan contrarias a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de Mercado.

2ª.- En el caso de que la autoridad municipal reclamada no suprimiera el artículo 9 de la citada Ordenanza, esta Comisión vendría legitimada para impugnar el mencionado precepto, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la LGUM y las especialidades procesales previstas en los artículos 127 bis ter y quáter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.