

Jurisprudencia contencioso-administrativa: los límites de la potestad reglamentaria local en materia ambiental *

GERARDO GARCÍA ÁLVAREZ

SUMARIO: I. PANORAMA GENERAL: DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AL VALOR DEL “SOFT LAW”. II. URBANISMO AMBIENTAL: PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL Y URBANISMO SOSTENIBLE. III. VINCULACIÓN NEGATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y POTESTAD REGLAMENTARIA LOCAL EN CUESTIONES AMBIENTALES. 1. Requisitos de eficiencia energética y uso de energías renovables en edificios y otros supuestos de invocación de la vinculación negativa. 2. Las tesis doctrinales sobre la vinculación negativa de las corporaciones locales al principio de legalidad. 3. Evolución de la jurisprudencia sobre la regulación por ordenanza de la ubicación y controles de las antenas de telefonía móvil. 4. Consecuencia de la evolución de la jurisprudencia y de la legislación sectorial en materia de telecomunicaciones. 5. Causas e hitos de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el alcance de la potestad de ordenanza en materia de antenas de telefonía móvil. 6. Recapitulación: una cláusula de contenido indefinido

RESUMEN: La jurisprudencia ambiental está en un período de consolidación y afianzamiento, sin rupturas con las líneas jurisprudenciales ya establecidas. Esto no quiere decir que no haya pronunciamientos dignos de comentario. Estos pronunciamientos relevantes abarcan muy diversas

* Proyecto DER 2012-35345: Instrumentos territoriales para la protección de la biodiversidad.

materias, pero un gran número de ellos se agrupan en la consolidación de un urbanismo ambientalmente sostenible, con diversas manifestaciones, como la defensa judicial del suelo rústico protegido, la exigencia estricta de las evaluaciones ambientales, la lucha contra la ciudad dispersa o la racionalización del crecimiento. También se examinan con un cierto detalle pronunciamientos relevantes de los últimos años a través de los cuáles el Tribunal Supremo ha ido delimitando el alcance de la potestad reglamentaria local en diversas materias con repercusión ambiental, como los requisitos de eficacia energética de los edificios, la utilización de fertilizantes orgánicos en la agricultura, la ordenación de la circulación o las antenas de telefonía móvil y otras instalaciones de telecomunicaciones, que responden a una aproximación en gran medida casuística, pero que progresivamente se va alineando en líneas jurisprudenciales consistentes.

PALABRAS CLAVE: urbanismo ambientalmente sostenible, potestad reglamentaria local

I. PANORAMA GENERAL: DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AL VALOR DEL “SOFT LAW”

No se han producido en los últimos tiempos cambios dramáticos en la jurisprudencia contencioso-administrativa con relevancia ambiental. El mayor número de pronunciamientos examinados proceden, un año más, de la sección 5ª de la Sala tercera del Tribunal Supremo, lo que entra dentro de lo esperable, por supuesto. No hay una resolución de naturaleza normativa que atribuya las cuestiones ambientales a ninguna de las secciones de la Sala de lo contencioso-administrativo, pero sí hay una reiterada práctica que individualiza estas cuestiones y las atribuye a esa sección. En el Acuerdo de 29 de diciembre de 1992, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se hace público el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de fecha 17 de diciembre, sobre distribución de asuntos entre las distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sala Tercera) del mencionado Tribunal, el último de esta naturaleza publicado (en el BOE núm. 2, de 2 de enero de 1993) no se contemplan específicamente las materias “legislación ambiental” ni “medio ambiente” (contrariamente a una larga lista de materias recogidas en la “regla primera”), por lo que sería de aplicación la regla cuarta: “Los asuntos que no vengán expresamente atribuidos a ninguna de las Secciones se repartirán aplicando analógicamente lo dispuesto en la regla primera”. Ello podría haber llevado a una gran dispersión, pero la analogía parece haber conducido al resultado de que la competencia originaria de la Sección 5ª, en materia de

urbanismo, se haya extendido al medio ambiente. De hecho, como ya venía sucediendo en años anteriores¹, en el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 2015, sobre “composición y funcionamiento de las salas y secciones del Tribunal Supremo y asignación de ponencias que deban turnar los magistrados en el año 2016”², se prevé que “se repartirán también a esta sección [...] que se refieran a *actos o disposiciones generales relativos al Medio Ambiente* que emanen del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente o de las Consejerías de las Comunidades Autónomas con iguales o similares competencias, cualquiera que fuere su denominación, o de las Corporaciones o Instituciones públicas vinculadas o dependientes de unos (sic) u otras, salvo que por razón de la materia o del procedimiento en la instancia [...] deban repartirse a otras Secciones”.

No obstante, también hay resoluciones relevantes para el Derecho ambiental procedentes de la sección 2ª (impuestos ambientales, en este caso sobre la generación de energía eólica, considerado válido como forma de compensar sus repercusiones ambientales negativas³, de acuerdo con la competencia genérica de esta sección sobre “Tributos, cualquiera que sea su clase, de todas las Administraciones públicas”); de la sección 3ª (impugnación de la aprobación del proyecto de construcción de una autovía⁴, en función de la competencia sobre las decisiones emanadas del “Ministerio de Fomento” o de las “Consejerías de las Comunidades Autónomas con iguales o similares competencias”); o de la sección 4ª (ordenanzas locales sobre eficiencia energética de la edificación o sobre antenas de telefonía móvil)⁵, en función de la competencia de esta sección

¹ Puede citarse en este sentido el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012, pág. 19. Puede consultarse en <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/10/Tribunal-Supremo-acuerdo-Sala-de-Gobierno.pdf>

² Pág. 14. Documento accesible a través de la página web del Colegio de Abogados de Madrid, en la dirección http://www.icam.es/docs/observatorio/obs_28323.pdf

³ Sentencias de 10 de julio de 2014, recurso de casación núm. 1148/2013, Ar. RJ 2014\3633, ponente Juan Gonzalo Martínez Micó; de 25 de noviembre de 2015, recurso de casación núm. 3270/2014, Ar. JUR 2015\295038, ponente Manuel Martín Timón; y de 27 de noviembre de 2015, recurso de casación núm. 1757/2014, Ar. RJ 2015\5625, ponente Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

⁴ Sentencia de 13 de abril de 2015, recurso de casación núm. 1038/2012, Ar. RJ 2015\3349, ponente Eduardo Calvo Rojas, que confirma la nulidad del proyecto por ausencia de estudio de tráfico suficiente.

⁵ Sentencias de 24 de febrero de 2015, respectivamente recurso de casación núm. 2273/2013, Ar. RJ 2015\4066, Vodafone contra ordenanza del Ayuntamiento de Basauri, y recurso de casación núm. 695/2013, Ar. RJ 2015\818, Telefónica contra la misma ordenanza del Ayuntamiento de Basauri, ponente José Luis Requero Ibáñez; de 22 de mayo de 2015, respectivamente recurso de casación núm. 2433/2013, Ar. RJ 2015\2261, Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón contra ordenanza del

sobre los “asuntos relativos a actos y disposiciones generales que emanen de los Entes locales, salvo que se refieran en materias de personal, urbanismo, tributos, expropiaciones, contratación o responsabilidad patrimonial”. Sobre la cuestión de las ordenanzas locales que regulan temas ambientales y, más concretamente, sobre el alcance de la competencia local en esta materia, se volverá más adelante.

Es tentador suponer que la competencia añadida sobre las cuestiones ambientales haya podido influir en la comprensión de las cuestiones suscitadas sobre la competencia originaria de la Sección 5ª, es decir, el *urbanismo*. Como se desarrolla más adelante, la sección considera que en la legislación básica se ha incorporado sin matices la regla de urbanismo sostenible, de la que sería una plasmación indiscutible la regla –susceptible al parecer de muy pocas excepciones- de ciudad compacta como criterio vinculante para el planificador en la clasificación de suelo, lo que lleva a una serie de pronunciamientos en los que, primero, se reafirma la práctica *intangibilidad del suelo rústico o no urbanizable especialmente protegido*; segundo, se resuelve contra planes urbanísticos que pretenden el desarrollo de *núcleos separados o, incluso, de apéndices o formas alargadas de desarrollo* que alteran la expansión urbana –que parece entenderse como lógica o natural- en mancha de aceite; tercero, exigencia estricta de los requisitos ambientales para los nuevos desarrollos, sean en forma de acreditación *ex ante* de la existencia de recurso hídricos suficientes o de una evaluación ambiental adecuada.

Las otras resoluciones destacables de la Sección 5ª se refieren a cuestiones muy diversas, que van desde los requisitos para la aplicación del principio de precaución en materia ambiental –la necesaria evidencia científica de la existencia de riesgos potenciales- al valor que cabe dar al soft law en la configuración de las mejores técnicas disponibles y su grado de vinculatoriedad respecto a las autorizaciones ambientales integradas.

En materia de *especies exóticas invasoras*, por Sentencia de 21 de enero de 2015⁶ el Tribunal Supremo ha anulado parcialmente el Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo Español

Ayuntamiento de Zaragoza y núm. 2436/2013, Ar. RJ 2015\2620, Federación de Empresas de la Construcción de Zaragoza contra la misma ordenanza, ponente María del Pilar Teso Gamella. Puede citarse también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 19 de noviembre de 2015, recurso contencioso-administrativo núm. 227/2013, Ar. JUR 2015\302710, ponente Juan José Carbonero Redondo, sobre ordenanza del Ayuntamiento de Zaragoza sobre antenas de telefonía móvil.

⁶ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 21 de enero de 2015, recurso de casación núm. 432/2013, Ar. RJ 2015\752, ponente Jesús Ernesto Peces Morate.

de Especies Exóticas invasoras, en cuanto incluye en su Anexo la especie vegetal *Nicotiana Glauca Graham*, en la medida en que con ello conculca lo establecido en los artículos 3.13 y 61 de la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, puesto que no se han aportado indicios científicos de que se trate de una especie exótica invasora que constituya una amenaza grave para las especies autóctonas, los hábitats y los ecosistemas, ni existe información científica o técnica que aconseje esa inclusión en el referido Catálogo. Frente a la alegación por la Administración del *principio de precaución* en materia ambiental, el Tribunal Supremo señala que su aplicación debe derivar de una evaluación de datos científicos sobre los riesgos posibles, que en este caso no se había producido (fundamento tercero)⁷. El Tribunal Supremo sí entiende acreditados los riesgos de esta especie en los habitat de las Islas Canarias, pero entiende que está fuera de sus atribuciones dar una redacción alternativa a los preceptos impugnados, de forma que no le es posible mantener la consideración de la especie como exótica invasora, ni siquiera limitando sus efectos a la Comunidad Autónoma de Canarias (fundamento quinto).

En materia de *residuos*, el Tribunal Supremo ha seguido afirmando la necesidad de un plan integrado de residuos como requisito previo para la validez de la autorización de plantas individuales⁸, plan de residuos que además deberá contener con suficiente precisión la previsión de los emplazamientos individuales⁹

⁷ La doctrina ha identificado varios elementos necesarios para la aplicación del principio de precaución: la identificación de un factor de riesgo, que debe ser además un riesgo grave, y la incertidumbre científica en la caracterización del riesgo. Al respecto CIERCO ha señalado que “*no toda incertidumbre es base suficiente para adoptar medidas precautorias*, muy al contrario, la entrada en juego del principio de precaución exige de manera ineludible una evaluación científica serena y meditada, bien que en ella aparezcan dudas y vacilaciones científicas”. Vid. CIERCO SEIRA, César (2004): “El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español”, en Revista de Administración Pública núm. 163, pp. 73-124, p. 107. Recientemente, sobre el ámbito propio de aplicación de este principio, GARCÍA AMEZ, Javier (2015): “Actividad de policía y principio de precaución en la responsabilidad por daños ambientales”, Revista Española de Derecho Administrativo núm. 170, pp. 157-178.

⁸ SSTs, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 6 de junio de 2014, recurso de casación núm. 88/2012, Ar. RJ 2014\3603, ponente Eduardo Calvo Rojas; de 17 de octubre de 2014, recurso de casación núm. 4493/2012, Ar. RJ 2014\5815, ponente José Juan Suay Rincón; de 3 de marzo de 2015, recurso de casación núm. 3890/2012, Ar. RJ 2015\1923, ponente Francisco José Navarro Sanchís.

⁹ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 16 de enero de 2015, recurso de casación núm. 711/2013, Ar. RJ 2015\444, ponente José Juan Suay Rincón.

Respecto a los procedimientos de elaboración de los planes requeridos por los *espacios naturales protegidos*, el Tribunal Supremo ha reafirmado que la falta de participación de las entidades locales afectadas en el procedimiento de elaboración de un PORN determina la nulidad del plan¹⁰ y también que la omisión de informes preceptivos determina la nulidad de un PRUG¹¹. Esta última sentencia tiene el interés adicional de que el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia, que había sido desestimatoria, y lo hace pese a recordar que el recurso de casación debe fundarse en la infracción de normas de derecho estatal o comunitario europeo que sea relevantes y determinantes del fallo recurrido y no en normas autonómicas. No obstante, considera que en el supuesto examinado lo tratado era una cuestión de carácter general, por lo que no podía considerarse una mera interpretación de una norma autonómica. En este sentido señala que, aunque el carácter preceptivo del informe figure en normas autonómicas, están implicados principios del Derecho estatal, como los derivados del art. 82 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que debe tener acceso a la casación y que, es más, al tratarse del informe de un órgano participativo, también aparecen implicados principios constitucionales de participación.

Una cuestión también examinada por el Tribunal Supremo es la del procedimiento de declaración de un suelo contaminado y el momento en que deberán atribuirse las responsabilidades de su descontaminación¹². Un Ayuntamiento, el de Derio, en Vizcaya, recurre la autorización otorgada por la Comunidad Autónoma a una “asociación administrativa de cooperación de la unidad de ejecución del suelo apto para urbanizar de Rementerañe de Derio” para excavar en suelos con presencia de contaminantes debida a la ubicación de un antiguo vertedero municipal. El recurso parece haberse basado en la omisión de una declaración de la calidad del suelo previa a las labores de limpieza y recuperación de un suelo contaminado. Esto habría supuesto la imposición de un proceso recuperatorio de los terrenos sin haber cumplido la obligación de declarar previamente la calidad del suelo y, por tanto, identificar el sujeto

¹⁰ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 3 de julio de 2015, recurso de casación núm. 3554/2013, ponente José Juan Suay Rincón.

¹¹ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 5 de mayo de 2015, recurso de casación núm. 1559/2013, Ar. RJ 2015\2406, ponente César Tolosa Tribiño. Lo anulado fue el Decreto 40/2011, de 11 de mayo, por el que se aprueba el I Plan Rector de Uso y Gestión y el I Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural de Las Ubiñas-La Mesa a propuesta de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras, del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias

¹² STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 26 de enero de 2015, recurso de casación núm. 477/2013, Ar. RJ 2015\622, ponente César Tolosa Tribiño.

responsable. La cuestión de fondo parece ser la pretensión de que al Ayuntamiento no era a quien correspondía ejecutar las medidas de recuperación ni asumir su coste, sino que ello debería recaer en quien resultase responsable de la contaminación o alteración de los terrenos. De haber procedido la Administración autonómica a la declaración de la calidad del suelo del emplazamiento y a la identificación de los responsables de su alteración, conforme a la legislación vasca (Ley 1/2005, de 4 de febrero, para la Prevención y Corrección de la Contaminación del Suelo), por un lado se habría liberado a la Asociación Administrativa de cooperación de la UE del Sapu Rementerriñe de la responsabilidad, pero además no se habría exigido la adopción de ninguna medida de recuperación por tratarse de una alteración histórica. El argumento es que sólo cuando se ha concluido sobre la situación del suelo (contaminado, alterado o no alterado) y se han delimitado las responsabilidades, es posible fijar el alcance de las medidas que permitirán liberarlo e imputarlas justamente.

El argumento del Tribunal Supremo para confirmar la sentencia recurrida, que había desestimado el recurso, es que la parte demandante habría confundido el procedimiento aplicable, recurriendo lo que no sería sino un acto de trámite. De acuerdo con el procedimiento para declarar la calidad del suelo de la vasca Ley 1/2005, los promotores tienen la obligación de remitir al órgano ambiental un informe relativo a la “investigación exploratoria” y, en su caso, “detallada”, junto con la solicitud de inicio del procedimiento para declarar la calidad del suelo (art. 19). En el caso, la asociación presentó un informe, que fue valorado por los servicios técnicos del Departamento de Medio Ambiente, además de en un informe emitido por una sociedad pública, en el que se señalaba que dado el previsto uso residencial con zona ajardinada del suelo afectado, que en el pasado se había utilizado como depósito de residuos, resultaba exigible un plan de excavación para retirar del emplazamiento el total de la masa vertida. Finalizada la excavación, verificada la calidad del suelo remanente y presentado el informe descriptivo de los trabajos de excavación y sellado, será el momento adecuado para que el órgano ambiental declare la calidad del suelo. El Tribunal Supremo hace suyo el argumento de la Administración autonómica, que señala “con indudable acierto, que la declaración de calidad del suelo previa perdería toda su eficacia en cuanto se materializara la excavación”. El Tribunal Supremo sintetiza así el procedimiento:

«En efecto, la investigación exploratoria debe incluir una investigación histórica sobre las actividades desarrolladas sobre el suelo y la obtención de datos de las características relevantes del

medio físico, así como la realización de una campaña de muestreo y análisis que permita acotar la lista de sustancias contaminantes presentes en la totalidad del suelo objeto de investigación y su posible distribución espacial, indicando su concentración en cada una de las subáreas diferenciadas dentro del área de estudio.

Dichos resultados, deben ser remitidos por las personas físicas o jurídicas promotoras al órgano ambiental, y una vez sustanciado, en su caso, el trámite de información pública y recabados tanto el informe del ayuntamiento correspondiente como otros informes que se haya estimado conveniente solicitar, el órgano ambiental elaborará propuesta de resolución de declaración de la calidad del suelo.

Es posteriormente, cuando se dicta la oportuna resolución, cuando habrán de concretarse dos aspectos fundamentales, la medidas a adoptar y las personas físicas o jurídicas obligadas a adoptar las medidas de recuperación de suelos contaminados y alterados».

La impresión que se obtiene de la normativa aplicada y de las sentencias que la aplican es que la regulación del procedimiento en este campo adolece de falta de suficiente claridad. No obstante, debe tenerse en cuenta que la norma vasca aplicada –la Ley 1/2005, de 4 de febrero, para la prevención y corrección de la contaminación del suelo- ha perdido su vigencia en julio de 2015, siendo sustituida por la Ley 4/2015, de 25 de junio, para la prevención y corrección de la contaminación del suelo.

Una última cuestión es el papel del *soft law* en la determinación de las *mejoras técnicas disponibles* a efectos de las autorizaciones ambientales integradas. En la Sentencia de 7 de julio de 2015¹³ se examina a instancias de una entidad privada que es la parte demandante –la Fundación Océana- el supuesto deber de la Administración de modificar una autorización ambiental integrada para su adaptación a las mejoras técnicas disponibles, que en este caso, de acuerdo con la entidad demandante, excluiría la utilización de la tecnología de las celdas de mercurio y, en consecuencia, la utilización de mercurio para el proceso de producción de cloro y sosa y, por tanto, la realización de emisiones de mercurio a la atmósfera. El uso por determinadas empresas del mercurio en sus procesos productivos sería contrario, de acuerdo con la demanda, a la obligatoria utilización en dichos procesos, a partir del 30 de octubre de

¹³ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 7 de julio de 2015, recurso de casación núm. 3792/2013, Ar. RJ 2015\3242, ponente César Tolosa Tribiño.

2007, fecha límite para la concesión de nuevas autorizaciones para instalaciones existentes (art. 5.1 de la Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación o Directiva IPPC), de las mejores técnicas disponibles (MTD), entre las que no se encuentra, alega, la tecnología que utiliza el mercurio, sino las conocidas como de diafragma sin amianto y de membrana. En la sentencia se empieza por recordar el artículo 3 apartado ñ) de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, según el cual por mejores técnicas disponibles (o MTD) se entiende "la fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación, que demuestren la capacidad práctica de determinadas técnicas para constituir, en principio, la base de los valores límite de emisión destinados a evitar o, cuando ello no sea posible, reducir en general la emisión y el impacto en el conjunto del medio ambiente y de la salud de las personas. Para su determinación se deberán tomar en consideración los aspectos que se enumeran en el anejo 4 de esta Ley". El Tribunal Supremo señala que (fundamento noveno) lo siguiente:

«El artículo 3 DPCIC [Directiva 96/61, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación] y el artículo 4.1 LPCIC instan a la Administración ambiental a tener en cuenta que, al tiempo de conceder la autorización ambiental integrada, en la explotación y el funcionamiento de las instalaciones "se adopten las medidas adecuadas de prevención de la contaminación, particularmente mediante la aplicación de las mejores técnicas disponibles". Debiendo aclararse, sin embargo, que la aplicación o el empleo de las MTD no se encuentra entre el elenco de obligaciones jurídicas del artículo 5 LPCIC que ha de observar el titular de la instalación. Por tanto *el empleo de las MTD no parece constituir una obligación jurídica, propiamente dicha, para el titular de la instalación* por más que a resultas del citado artículo 4.1 LPCIC, y una vez se encuentre autorizada la explotación de una instalación industrial, su funcionamiento ulterior se deba producir adoptando las medidas adecuadas para prevenir la contaminación industrial, en particular mediante la aplicación de las MTD».

El examen de las normas anteriores lleva al Tribunal Supremo a concluir lo siguiente:

«En definitiva, *las MTD constituyen un referente indispensable para la concreción individualizada de los VLE, pero en modo alguno el único que la Administración ambiental deba*

considerar. De ahí que las características técnicas de la propia instalación, el lugar exacto en el que esa instalación está ubicada y por último las condiciones ambientales que tenga ese concreto emplazamiento son también factores a observar en la fijación de los VLE».

En consecuencia, el Tribunal Supremo rechaza una aplicación automática y no motivada de las mejoras técnicas disponibles, modificando autorizaciones ambientales integradas que constituyen títulos que legitiman la actividad de particulares.

La Sentencia de 2 de diciembre de 2015¹⁴ tiene un carácter más específico, en cuanto que en ella se examina el valor de los documentos BREF para determinar las mejores técnicas disponibles. La litis tiene su origen en la impugnación por una empresa de la modificación por la Administración de la AAI, que se habría basado según la entidad recurrente, en la aplicación no matizada de los documentos BREF que, sin embargo, no tienen carácter vinculante.

Los documentos BREF son los que recogen las mejores técnicas disponibles en el ámbito europeo. De acuerdo con los datos publicados por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en su página web existen actualmente 33 aprobados por la Comisión Europea, 14 de ellos se están actualizando en un proceso de revisión y 6 cuyas revisiones se planificaron para comenzar a partir de 2012¹⁵. Su elaboración corresponde al Buró Europeo de IPPC, organismo designado por la Comisión Europea, dentro del Instituto de Prospectiva Tecnológica (IPTS) del Joint Research Center (JRC), cuya sede está en Sevilla. El denominado “proceso de Sevilla” da como resultado los llamados BREF, por “BAT References Documents” o Documentos de Referencia sobre las Mejores Técnicas Disponibles, siendo de aplicación los art. 10, 13 y 75 de la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre las emisiones industriales (prevención y

¹⁴ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 2 de diciembre de 2015, recurso de casación núm. 1308/2014, Ar. JUR 2015\307845, ponente Jesús Ernesto Peces Morate.

¹⁵ El deber de información en esta materia corresponde, conforme a la Directiva, al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. En este sentido, puede consultarse una considerable información en la dirección web <http://www.magrama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/medio-ambiente-industrial/prevencion-y-control-integrados-de-la-contaminacion-ippc/mejores-tecnicas-disponibles-mtd/>

El listado de documentos BREF puede consultarse en <http://www.prtr-es.es/documentos/documentos-mejores-tecnicas-disponibles>

control integrados de la contaminación). Al finalizar los trabajos técnicos, es propuesto un documento "BREF" europeo que contendrá las "conclusiones de MTD" que se envía Foro al que se refiere el art. 13 de la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación) y posteriormente debe ser aprobado por el Comité citado en el art. 75 de la Directiva, para finalmente ser adoptado como Decisión por la Comisión Europea¹⁶.

El Tribunal Supremo confirma el carácter no vinculante de estos documentos, pero considera que la Administración no ha hecho un uso indebido de los mismos (fundamento segundo):

«En el otro motivo de casación, alegado por la representación procesal de la entidad mercantil recurrente, se asegura que la Sala de instancia ha conculcado lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación 16/2002, de 1 de julio, en su redacción original (anterior a la modificación introducida por Ley 5/2013, de 11 junio), porque, al igual que la Administración, dicha Sala ha declarado ajustada a derecho la aplicación literal del denominado documento BREF para fijar los valores límites de emisión de la autorización ambiental integrada de la entidad mercantil recurrente, a pesar de que éstos no se adecúan a sus características, como se acreditó con la prueba pericial, resultando prácticamente imposibles de cumplir por aquélla, y ello aunque *los BREF no son documentos de obligado cumplimiento sino herramientas que aportan una determinada información que puede servir de referencia, según lo ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 22 de enero de 2009 (Asunto C-473/07), cuestión a la que no da respuesta la sentencia recurrida, en la que se confunde el documento BREF con las mejores técnicas disponibles, concepto éste que debe concretarse para cada caso sin necesidad de limitarse a aquéllos.*

En este segundo motivo de casación, se reprocha a la Sala sentenciadora omisiones en las que no ha incurrido y declaraciones que no se efectúan.

En primer lugar, el Tribunal *a quo* declara que las

¹⁶ ORDÓÑEZ GARCÍA, Salvador y DÍEZ SANZ, Fernando (2007): "El concepto de mejor técnica disponible: los documentos BREF", en Salvador ORDÓÑEZ GARCÍA, Eva DÍAZ, Paz ORVIZ IBÁÑEZ (coordinadores), *Desafíos tecnológicos de la nueva normativa sobre medio ambiente industrial*, Oviedo, Universidad de Oviedo, pp. 319-330.

modificaciones introducidas por la Administración no sólo es para adaptar la autorización ambiental integrada a las mejoras técnicas disponibles de los documentos BREF sino también para recoger las modificaciones introducidas en la instalación que no estaban recogidas en la misma, haciéndose conveniente la revisión de los valores límite de emisión impuestos o la adopción de otros nuevos para reducir las emisiones sin imponer costes excesivos, para más adelante (fundamento jurídico sexto) declarar que las condiciones impuestas, a las que expresamente se alude, resultan razonables y acordes con la preservación del medio ambiente en la actual coyuntura en línea con lo dispuesto en la Ley 16/2002 y con lo establecido por la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, de modo que el Tribunal de instancia, *en contra del parecer de la representación procesal de la entidad mercantil recurrente, no afirma que los documentos BREF sean normas jurídicas de carácter vinculante*, y, por lo expuesto, este segundo motivo de casación debe ser desestimado al igual que el primero».

II. URBANISMO AMBIENTAL: PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL Y URBANISMO SOSTENIBLE

En materia urbanística, el Tribunal Supremo ha asumido decididamente el papel de guardián del urbanismo sostenible, entendido de acuerdo con la doctrina administrativa y científica dominante, como equivalente a la “ciudad compacta”¹⁷. Por supuesto, el momento es propicio para ello, en la medida en que la presión política y social a favor de la expansión urbana se ha debilitado hasta casi desaparecer como resultado de la crisis económica. En todo caso, las líneas jurisprudenciales en esta materia pueden resumirse en tres: la defensa del suelo rústico especialmente protegido; una posición claramente contraria al desarrollo de núcleos separados y, por último, exigencia estricta del cumplimiento de los requisitos ambientales en la elaboración y aprobación de la planificación urbana.

Primero, en los últimos años se ha desarrollado una jurisprudencia que afirma la práctica *intangibilidad del suelo rústico o no urbanizable*

¹⁷ Un interesante intento de refutación de la ortodoxia actual, en AMENÓS ÁLAMO, Joan (2016): *El mito legal de la ciudad compacta*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona.

especialmente protegido, doctrina de la que se ha dado cuenta en ediciones anteriores del Observatorio y que se basaba inicialmente en el carácter reglado de la clasificación de esta clase de suelo de acuerdo con la legislación básica, pero que ha sobrevivido a la desaparición de regulación básica de las clases de suelo a raíz de la reforma de 2007. El Tribunal Supremo ha formulado esta doctrina, por elevación, como una manifestación del *principio de no regresión en materia ambiental*, ya formulado en diversas sentencias¹⁸, pero reiterado en la más reciente Sentencia de 16 de abril de 2015¹⁹:

«tratándose de la clasificación como suelo urbanizable no sectorizado de cuatro ámbitos que el anterior planeamiento clasificaba como suelo no urbanizable de especial protección, nos movemos en el ámbito de aplicación del *principio de no regresión planificadora para la protección medioambiental* (Cfr. STS de 30 de septiembre de 2011 (Casación 1294/2008); de 29 de marzo de 2012 (Casación 3425/2009); 10 de julio de 2012 (Casación 2483/2009) y 29 de noviembre de 2012 (Casación 6440/2010) y de 14 octubre 2014 (Casación 2488/2012) que, por lo que aquí interesa, comporta la exigencia de una especial motivación de las innovaciones de planeamiento que incidan sobre la calificación de las zonas verdes o la clasificación de los suelos especialmente protegidos porque, como dijimos en nuestra sentencia de 30 de septiembre de 2011 (Casación 1294/2008) el citado principio de no regresión “nos sitúa en el ámbito, propio del Derecho Medioambiental, del principio de no regresión, que, en supuestos como el de autos, implicaría *la imposibilidad de no regresar de -o, de no poder alterar- una clasificación o calificación urbanística -como podría ser la de las zonas verdes- directamente dirigida a la protección y conservación, frente a las propias potestades del planificador urbanístico, de un suelo urbano frágil y escaso*».

La protección se extiende, aunque lógicamente con una intensidad menor, al suelo no urbanizable común, que por sí mismo presenta valores dignos de protección, de tal manera que una reclasificación de suelo rústico

¹⁸ Puede citarse en este sentido, entre otras, la STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª) de 10 de julio de 2012, recurso de casación núm. 2483/2009, Ar. RJ 2013\2346, ponente Rafael Fernández Valverde.

¹⁹ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 16 de abril de 2015, recurso de casación núm. 3068/2012, Ar. RJ 2015\2167, ponente César Tolosa Tribiño.

común insuficientemente justificada será contraria al principio de desarrollo territorial y urbano sostenible y, por tanto, contrario a Derecho²⁰.

Segundo, el Tribunal Supremo considera contrarios a Derecho desarrollos no suficientemente justificados por razones objetivas y, por otra parte, en varios casos el Tribunal Supremo ha confirmado resoluciones judiciales de instancia contra planes urbanísticos que pretendían no sólo el desarrollo de *núcleos separados sino, incluso, el mero desarrollo de apéndices o formas alargadas de desarrollo, en continuidad con el casco urbano existente, pero* que alteran la expansión urbana en mancha de aceite, que parece entenderse como lógica o natural y más adecuada al principio de urbanismo sostenible. En este sentido puede traerse a colación la anulación judicial de la modificación del PGOU de Ávila por varios motivos: por un lado, no justificar la necesidad de nuevos desarrollos (no habiéndose llegado a edificar la mitad de las viviendas previstas en la anterior revisión del plan) y, por otro lado, por vulneración del modelo de ciudad compacta, al planificar una extensión lineal que buscaba conectar un núcleo separado existente con el núcleo principal²¹. En conexión con lo anterior, rechaza también que se planifiquen crecimientos no justificados y, en este sentido, confirma la legalidad –ya avalada en instancia– de la resolución de la Comunidad Autónoma de Castilla y León de denegar la aprobación de un plan que comportaba un crecimiento considerado desmesurado de un pequeño municipio²².

²⁰ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 17 de junio de 2015, recurso de casación núm. 3367/2013, Ar. RJ 2015\2955, ponente César Tolosa Tribiño.

²¹ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 18 de junio de 2015, recurso de casación núm. 3436/2013, Ar. RJ 2015\3412, ponente César Tolosa Tribiño. Concurren, anulando la sexta modificación del PGOU de Ávila, las SSTS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 24 de junio de 2015, recursos de casación núm. 3784 y 3657/2013, Ar. RJ 2015\3570 y 4817, ponente Francisco José Navarro Sanchís. Un esclarecedor comentario de esta sentencia en RAMOS MEDRANO, José Antonio (2015): “Sentencia del Tribunal Supremo de dieciocho de Junio de dos mil quince (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Ponente: César Tolosa Tribiño)”, Actualidad Jurídica Ambiental de 10 de septiembre de 2015. Accesible en http://www.actualidadjuridicaambiental.com/juris_tribunal-supremo-castilla-leon-urbanismo-ciudad-compacta-avila/

²² STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 7 de mayo de 2015, recurso de casación núm. 1991/2013, Ar. RJ 2015\2414, ponente Jesús Ernesto Peces Morate. También las SSTS de 21 de abril y 29 de julio de 2015 confirman acuerdos de la Junta de Castilla y León que rectifican aprobaciones provisionales de revisiones urbanísticas que incrementaban el suelo urbanizable (STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 29 de julio de 2015, recurso de casación núm. 3715/2013, Ar. RJ 2015\3710, ponente Mariano De Oro-Pulido López y STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 21 de abril de 2015, recurso de casación núm. 1589/2013, Ar. RJ 2015\2175, ponente César Tolosa Tribiño).

Tercero, el Tribunal Supremo reafirma la exigencia estricta de los requisitos ambientales para los nuevos desarrollos, sean en forma de acreditación *ex ante* de la existencia de recursos hídricos suficientes²³ o de una evaluación ambiental adecuada. En este sentido, la omisión de la evaluación ambiental estratégica, que se considera preceptiva incluso en un supuesto de *modificación puntual de un plan general aprobada para dar cobertura a actuaciones ya realizadas en ejecución de un plan especial anulado* por su disconformidad con el plan general, da lugar a la nulidad de la modificación²⁴. En sentido similar, la falta de una completa evaluación ambiental lleva a la anulación por la jurisdicción contencioso-administrativa de una modificación del planeamiento urbanístico: pese a estar justificada la actuación desde un punto de vista urbanístico, la proximidad a espacios naturales habría obligado a una evaluación ambiental completa y no simplificada, lo que acarrea la nulidad²⁵. Por otra parte, la exigencia de evaluación ambiental no depende de la denominación que reciba una determinada actuación –modificación en el caso examinado por el Tribunal Supremo–, sino del contenido material, además de ser

²³ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 10 de marzo de 2015, recurso de casación núm. 258/2013, Ar. RJ 2015\1930, ponente Francisco José Navarro Sanchís, en la que se señala que los recursos hídricos, en el caso una urbanización con campo de golf, deben estar disponibles en el momento de aprobarse el plan y, todavía más, de emitirse los informes correspondientes por el organismo de cuenca, no siendo suficiente su aportación posterior mediante un convenio –celebrado con el ayuntamiento para utilizar sus aguas residuales–, por lo que se declara la nulidad del plan.

²⁴ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 4 de mayo de 2015, recurso de casación núm. 1957/2013, Ar. RJ 2015\2299, ponente José Juan Suay Rincón, sobre impugnación del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Barakaldo, de 10 de noviembre de 2010, por el que se aprobó definitivamente la 13ª Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana, relativa al ámbito UE 11 Castilla-Munibe. El recurso fue desestimado en primera instancia, pero estimado por el Tribunal Supremo.

²⁵ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 6 de mayo de 2015, recurso de casación núm. 2101/2013, Ar. RJ 2015\3354, ponente Francisco José Navarro Sanchís. Se trataba de una regularización de urbanización existente, pero inadecuada, en una zona donde existen edificaciones de alto nivel en parcelas de gran extensión, pero sin red de alcantarillado, entre otras deficiencias, concretamente en el entorno del Cabo de Formentor, Mallorca. Para dotar a la zona un nivel de servicios y espacios libres adecuado a un suelo urbano, que es como está clasificado desde 1990, el Ayuntamiento de Pollença acudió a incentivos urbanísticos –previstos en una norma autonómica, el Decreto 90/1994, de 13 de julio–, de manera que los propietarios que cumplieran con el deber de cesión pudiesen realizar segregaciones de parcela, con una superficie mínima de 2.500 m². El problema residió en la omisión de un estudio suficiente sobre potenciales efectos en espacios protegidos colindantes (LIC Formentor y LIC y ZEPA Costa Brava Mallorca). La omisión de una completa evaluación ambiental comporta la nulidad de la revisión del plan general en lo atinente al núcleo urbano de Formentor.

especialmente exigible la motivación de la innecesariedad de la evaluación ambiental²⁶. Finalmente, la omisión de la necesaria evaluación ambiental, dado el carácter de suelo discontinuo, comporta la anulación²⁷.

En conexión con lo anterior, aunque adoptando un enfoque diferente, por medio de la Sentencia de 22 de julio de 2015, el Tribunal Supremo confirmó la anulación de una modificación, que comportaba una actuación en una zona de playa, que se buscaba dotar de equipamientos, introduciendo aparcamientos y otras instalaciones, que se pretendían financiar con la construcción de 24 viviendas; tal actuación resulta anulada por haberse realizado a través de una modificación, no de una revisión del plan²⁸

III. VINCULACIÓN NEGATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y POTESTAD REGLAMENTARIA LOCAL EN CUESTIONES AMBIENTALES

Con un notable protagonismo en la introducción de regulaciones ambientales, el Tribunal Supremo ha venido invocando con ocasión del

²⁶ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 7 de abril de 2015, recurso de casación núm. 1542/2013, Ar. RJ 2015\2365, ponente Francisco José Navarro Sanchís. Presenta claras similitudes, por es supuesto y la argumentación, con la STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 18 de septiembre de 2013, recurso de casación núm. 5375/2010, Ar. RJ 2013\7347, ponente Rafael Fernández Valverde, también relativa a una modificación de PGOU, por la que se procedía a la desclasificación de suelos urbanizables no programados, que pasaban a no urbanizables, pero también a la creación de cuatro nuevos sectores de suelo urbanizable, lo que comportaba la existencia de efectos significativos sobre el medio ambiente y, por consiguiente, el necesario sometimiento al trámite de evaluación ambiental estratégica.

²⁷ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 20 de febrero de 2015, recurso de casación núm. 1012/2013, Ar. RJ 2015\1401, ponente César Tolosa Tribiño. En el Plan General de Ordenación Urbana de Burgos de 1999 se prevé el desarrollo de un sector de suelo urbanizable con la construcción de 210 viviendas y la inclusión en el ámbito como gasto de urbanización de la obligación de rehabilitar el monasterio de Fresdelval, de titularidad privada. Con posterioridad, el Ayuntamiento tramitó una modificación del plan alegando que la legislación de Castilla y León establece una densidad mínima en todos los sectores. Con esta modificación se pasaba de 210 viviendas aisladas a 2.171 de vivienda residencial colectiva. El nuevo núcleo, además de alejado de la zona urbana, se encontrará separado del núcleo central por las nuevas vías de circunvalación de Burgos. Tras un tiempo, la Comunidad Autónoma aprobó la modificación pese a que no existía la previa evaluación ambiental que era exigible al tratarse de un suelo discontinuo (artículo 169. 4 del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León de 29 de enero de 2002).

²⁸ STS 3612/2015, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 22 de julio de 2015, recurso de casación núm. 3884/2013, ponente Francisco José Navarro Sanchís.

examen de ordenanzas locales la “vinculación negativa” de los municipios al principio de legalidad. Con esta formulación el Tribunal Supremo no parece estar aludiendo a lo que sería en principio esperable: una vuelta a las concepciones jurídicas del siglo XIX, con arreglo a la cual existirían ámbitos de actuación administrativa exentos del control de legalidad o, a lo sumo, susceptible de un mero control externo, notablemente la adopción de actos discrecionales o la aprobación de reglamentos. Por el contrario, a lo que parece que se hace referencia en estas ocasiones por el Tribunal Supremo es a un principio interpretativo, basado en la garantía constitucional e internacional de la autonomía local, favorable a la competencia municipal en cuestiones sanitarias o ambientales. En el ámbito de las ordenanzas locales, este principio interpretativo llevaría a que la relación de la ordenanza local con las leyes sería distinta, más laxa, que la que mantienen los reglamentos nacionales o autonómicos. No obstante, la posición del Tribunal Supremo está evolucionando en este punto, según se intenta mostrar.

1. REQUISITOS DE EFICIENCIA ENERGÉTICA Y USO DE ENERGÍAS RENOVABLES EN EDIFICIOS Y OTROS SUPUESTOS DE INVOCACIÓN DE LA VINCULACIÓN NEGATIVA

En efecto, el Tribunal Supremo viene haciendo referencia incluso en algunas de sus últimas sentencias sobre ordenanzas locales a un parámetro de control basado en una mera “vinculación negativa” de los municipios al principio de legalidad, lo que supondría –parece argumentarse– una diferencia relevante respecto a la relación de las otras Administraciones públicas territoriales con el ordenamiento jurídico, y especialmente marcaría una diferencia en relación con los reglamentos emanados de esas otras administraciones públicas y el control de legalidad al que están sometidos. Puede citarse en este sentido el fundamento cuarto –idéntico– de las recientes sentencias de 22 de mayo de 2015, ambas dictadas a propósito de la *Ordenanza Municipal de Ecoeficiencia Energética y Utilización de Energías Renovables en los Edificios y sus Instalaciones* de Zaragoza, aprobada definitivamente en el Pleno de 24 de julio de 2009²⁹, e impugnada tanto por una asociación empresarial como por el colegio de arquitectos³⁰. Se trata de pronunciamientos que ya han recibido el interés

²⁹ Aprobación por el Ayuntamiento Pleno el 24 de julio de 2009 Publicado (Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza núm. 193, del 24 de agosto de 2009. Accesible on line en https://www.zaragoza.es/ciudad/normativa/detalle_Normativa?id=245

³⁰ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 22 de mayo de 2015, recursos de casación núm. 2433/2013 y núm. 2436/2013, Ar. RJ 2015\2261 y RJ 2015\2620, ponente María del Pilar Teso Gamella, partes

de la doctrina³¹, pero en los que merece la pena detenerse. La parte más llamativa de la argumentación utilizada en ambas sentencias se transcribe a continuación:

«Con carácter general, resulta imprescindible señalar que cualquier decisión sobre las competencias municipales no puede sustentarse sobre el criterio de la “vinculación positiva”, es decir, que un ayuntamiento sólo tiene competencia normativa cuando la misma ha sido atribuida por una norma legal, en un determinado ámbito material de la actuación administrativa. Tal es su vinculación al principio de legalidad. Sin que pueda dictar, por tanto, una ordenanza en ese ámbito sectorial sin dicha habilitación previa. Ahora bien, la jurisprudencia más reciente de esta Sala se ha inclinado por el criterio de la “vinculación negativa”, en virtud del cual la competencia normativa de las entidades locales no precisa de una específica habilitación legal en cada ámbito sectorial en el que, como ahora sucede, se dicta la ordenanza, siempre, claro está, que no esté excluida dicha competencia y que no contravenga la correspondiente legislación, estatal o autonómica, que resulte de aplicación.»

Este cambio o evolución jurisprudencial encuentra su justificación en las exigencias derivadas de la aplicación de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por Instrumento de 20 de enero de 1988, que reconoce no sólo la autonomía local (artículo 3.1), sino también el principio de subsidiariedad (artículo 4.2), en virtud del cual las ” entidades locales tienen, dentro el ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad “.

De modo que cuando la sentencia señala que ”no se localiza norma estatal alguna en tal sentido“, y luego insiste en que ”no se localizan normas habilitadoras concretas sobre la materia específica objeto de regulación por la Ordenanza impugnada“, se evidencia que se sigue una línea jurisprudencial ya abandonada por esta Sala Tercera, e incompatible con la Carta Europea de Autonomía Local.

En el sentido expuesto, venimos declarando, en SSTs de Sentencias de 11 de febrero de 2013 (recurso de casación nº 4490/2007), 8 de marzo

impugnantes Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón y Federación de Empresas de la Construcción de Zaragoza.

³¹ GARCÍA GARCÍA, María Jesús (2016): “Ordenanzas de captación y aprovechamiento de la energía solar y competencias locales en materia de aprovechamiento energético”, Revista de derecho urbanístico y medio ambiente núm. 303, págs. 117-138.

de 2013 (recurso de casación nº 5778/2005), 2 de abril de 2013 (recurso de casación nº 97/2006) y 30 de abril de 2013 (recurso de casación nº 3027/2006), que “*viene declarando repetidamente (sentencias de 21 de mayo de 1997, 30 de enero de 2008 y 7 de octubre de 2009, entre otras) que de los artículos 25 a 28 LRBRL, interpretados de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante instrumento de 20 de enero de 1988 resulta una atribución genérica de potestades a los Ayuntamientos para intervenir en todo el conjunto de materias relacionadas en el artículo 25.2 de aquella disposición y que representan el contenido competencial en que se hace reconocible el principio de autonomía municipal garantizado en los artículo 137 y 140 de la Constitución*”».

Debe señalarse que el debate procesal se había establecido en términos de la competencia genérica del municipio de Zaragoza para regular la materia, no sobre los contenidos específicos de la ordenanza. Sobre esa base, el Tribunal Superior de Justicia anuló la ordenanza por entender la materia reservada a la regulación estatal y autonómica, dada la ausencia de normas específicas que habilitasen al Ayuntamiento, y el Tribunal Supremo, por el contrario, casó la sentencia basándose en su propia jurisprudencia sobre las competencias locales en estas cuestiones. Debe destacarse que ni en una ni en otra sentencia se entra en los contenidos concretos de la ordenanza y, por tanto, en las eventuales discrepancias con la legalidad o, simplemente, extralimitaciones competenciales puntuales en que hubiera podido incurrir la Corporación municipal.

El Tribunal Supremo reconoce la competencia del Ayuntamiento de Zaragoza para aprobar la ordenanza municipal basándose en que la competencia normativa de las entidades locales no precisa de una habilitación legal en cada ámbito sectorial en el que se vaya a aprobar una ordenanza, siempre que no esté excluida dicha competencia y que no contravenga la legislación estatal o autonómica aplicable por razón de la materia.

La cuestión es que la argumentación de las sentencias no termina ahí. Por el contrario, el Tribunal Supremo examina la legislación aplicable, general y sectorial, para afirmar que la competencia de los municipios abarca la protección del medio ambiente y la ordenación urbanística, lógicamente con respeto a las competencias que también ostentan en tales materias el Estado y las Comunidades Autónomas. En el ámbito específico, la normativa estatal faculta a los municipios a adoptar medidas de

eficiencia energética: la ordenanza municipal impugnada tiene acomodo en el Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo que al regular la contribución solar mínima de agua caliente sanitaria y la contribución fotovoltaica mínima a la energía eléctrica, establece que las exigencias que prevé tienen la consideración de mínimos, sin perjuicio de valores más estrictos que puedan ser establecidos por las administraciones competentes. La Sala de lo Contencioso-Administrativo concluye que en el Código se faculta que otras "administraciones competentes", lo que constituye una alusión a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales, establezcan valores más estrictos.

El razonamiento parece ser que las corporaciones locales no requieren de habilitación competencial para regular una materia, siempre con respeto a la jerarquía normativa, pero que en este caso, aunque no fuera así, sí existe esa habilitación normativa, puesto que en el Código Técnico de la Edificación se habilita a las "administraciones competentes" y a partir del art. 25 de la LBRL, las Administraciones municipales lo son.

Lo cierto es que ambas sentencias se apartan del precedente que suponía la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2008³², por la que se confirmó la anulación de la Ordenanza sobre captación y aprovechamiento de energía solar térmica en edificios de 2 de octubre de 2003, del Ayuntamiento de Pamplona, por falta de habilitación legal. En tal sentencia se consideró que las competencias en materia de medio ambiente que en la LBRL se atribuyen a los municipios no eran suficientes: no lo eran «porque éstas se atribuyen, tal y como literalmente dice el artículo 25.2, "en los términos de la Legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas". Debe así localizarse en una u otra una previsión normativa cuya interpretación conduzca a afirmar que aquella competencia municipal sobre la referida materia incluye la potestad de dictar normas reglamentarias con un contenido obligacional tan específico como el de aquella Ordenanza» (fundamento segundo). El Tribunal Supremo continuaba señalando que la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación no dejaba espacio para que entrase la reglamentación local, al remitirse al futuro Código Técnico de la Edificación –aprobado con posterioridad a que tuviera lugar la aprobación de la ordenanza impugnada- y en tanto éste se aprobase, a la NBE CT-79, referida a las "condiciones térmicas en los edificios". El Tribunal Supremo completaba su argumentación con lo que ha de considerarse un *obiter*

³² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 24 de junio de 2008, recurso de casación núm. 4236/2005, Ar. RJ 2008\6506, ponente Segundo Menéndez Pérez.

dictum, al señalar que el Código Técnico de la Edificación tampoco contenía habilitación alguna a las entidades locales. En la sentencia también se excluía que la Ley General de Sanidad o la legislación urbanística habilitasen en esta materia al Ayuntamiento.

En consecuencia, no hay duda de que en este punto concreto se ha producido un cambio claro en la interpretación que hace el Tribunal Supremo del alcance de las competencias municipales para regular determinados aspectos constructivos de los edificios relacionados con el medio ambiente, tal como la utilización de energías renovables o la eficiencia energética. Lo que sí suscita dudas es el alcance exacto de la cláusula relativa a la “vinculación negativa” del principio de legalidad de las entidades locales: ¿existe una competencia normativa genérica de los Ayuntamientos sobre cualquier cuestión social imaginable –por tanto, también cuestiones ambientales-, no siendo el razonamiento sobre la existencia de una competencia específica derivada de la LBRL y de la legislación sectorial sino un argumento a mayor abundamiento, en realidad superfluo? O, por el contrario, ante lo que estamos es ante un mero principio interpretativo que lleva a entender en los términos más amplios posibles las competencias normativas de los ayuntamientos, en lo ambiental entre otras materias?

Debe recordarse en este punto que la cuestión de la eficiencia energética no es la única en la que esa vinculación negativa ha sido invocada por el Tribunal Supremo. Por el contrario, el otro gran grupo de casos en los que esta argumentación aparece repetidamente es en la cuestión de las ordenanzas municipales reguladoras de la aplicación de estiércol, purines y lodos de depuradora o, en otra formulación de la aplicación de nitratos procedentes de origen animal para usos agrícolas³³, en los que rutinariamente se usa la fórmula de la vinculación negativa del principio de legalidad como mecanismo interpretativo para “expandir” –si es que la doctrina jurisprudencial realmente supone una interpretación extensiva- las competencias en materia sanitaria y ambiental y legitimar ordenanzas que establecen condiciones y límites al uso de estiércol y otros productos orgánicos como fertilizante agrícola.

Aparte de los dos grupos de casos anteriores, los más significativos, referencias a la vinculación negativa aparecen también en sentencias

³³ Entre otras muchas, SSTs de la Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 4ª, 6037/2009, de 7 de octubre de 2009, recurso núm. 204/2008, ponente Segundo Menéndez Pérez, 7315/2009, 17 de noviembre de 2009, recurso núm. 2135/2008, 6428/2010, de 30 de noviembre de 2010, recurso núm. 1200/2008, ponente en todos los casos Antonio Martí García.

relativas a ordenanzas de ordenación del tráfico, aunque en estos supuestos no hayan supuesto una legitimación del uso hecho de la potestad reglamentaria municipal, fundamentalmente debido a la densidad de la normativa aplicable³⁴. E incluso, al margen del ejercicio de la potestad reglamentaria, en lo relativo a la posibilidad de que el Alcalde delegase el ejercicio de la potestad sancionadora, aunque como en otras ocasiones, también en ésta dé la sensación de una floritura argumentativa cuya ausencia no habría cambiado el sentido del fallo³⁵.

Parece necesario recordar brevemente los datos básicos de los conceptos doctrinales de vinculación positiva o negativa del principio de legalidad y, más relevante a efectos prácticos, examinar la jurisprudencia recaída con ocasión de la impugnación de ordenanzas locales que regulan otras cuestiones ambientales relevantes. En este sentido, por el número de sentencias recaídas y por la evolución de las posiciones jurisprudenciales, es sumamente interesante la regulación municipal del despliegue de antenas de telefonía móvil, ámbito en el que pese a haberse hecho durante un tiempo una interpretación claramente extensiva de las competencias municipales para regular la cuestión, apoyándose en las competencias sí expresamente recogidas en la LBRL sobre urbanismo, ambiente urbano y sanidad, no se ha invocado regularmente ninguna suerte de vinculación negativa.

³⁴ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 4ª, 2757/2014, de 24 de junio de 2014, recurso núm. 2500/2012, ponente Ramón Trillo Torres, recurso contra Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 30 de noviembre de 2010 que modificó la Ordenanza de Movilidad para la Ciudad de Madrid. Pese a la invocación del principio de vinculación negativa, se estima el recurso contencioso-administrativo y se anula parcialmente la ordenanza por vulneración de la legislación de tráfico y seguridad vial. También en materia de tráfico y también anulando la ordenanza, en este caso del Ayuntamiento de Zaragoza, pese a la invocación de la vinculación negativa, la STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 4ª, 1491/2014, de 10 de abril de 2014, recurso núm. 2094/2012, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez.

³⁵ STS (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 4) 6596/1998, 10 de noviembre de 1998, recurso núm. 7504/1995, ponente Antonio Martí García. La cuestión se refería a la aplicación a las entidades locales del art. 127 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que hasta su reforma por la Ley 4/1999, de 13 de enero, prohibía la delegación del ejercicio de la potestad sancionadora. El Tribunal Supremo resuelve la cuestión considerando aplicable, dado su carácter especial, el art. 21 LBRL, pero invoca también entre otros principios generales traídos a colación a mayor abundamiento, esta supuesta vinculación negativa del principio de legalidad de las entidades locales. No puede por menos que recordarse que muy difícilmente el máximo defensor entre nosotros de esta vinculación negativa, GARRIDO FALLA, a quien se cita *Infra*, habría aceptado que ésta se extendiese a potestades ablatorias o sancionadoras.

2. LAS TESIS DOCTRINALES SOBRE LA VINCULACIÓN NEGATIVA DE LAS CORPORACIONES LOCALES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En España ha existido históricamente y durante mucho tiempo una discusión dogmática, que podemos considerar clásica, sobre el alcance del principio de legalidad –en ocasiones referido como principio de juridicidad- y, en concreto, sobre la vinculación “positiva” –la Administración sólo puede hacer lícitamente lo que el ordenamiento jurídico le permite y además ha de hacerlo con arreglo a la competencia, procedimiento y fines derivados de éste-³⁶ y la vinculación “negativa” –que en su versión más común limita la exigencia estricta del principio de legalidad a las actuaciones restrictivas de derechos e intereses de los sujetos privados, especialmente las potestades ablatorias o sancionadoras, pero admite un amplio margen de iniciativa a la Administración en otros ámbitos, especialmente las actividades de prestación-³⁷, dando lugar a una interesante literatura, con muchos matices y argumentos de gran transcendencia teórica.

No obstante, la polémica, al menos en su versión clásica, resulta poco útil para aclarar las cosas en el ámbito de las ordenanzas ambientales. Primero, porque en la versión clásica a la que se está aludiendo, la posición de las Administraciones públicas es unitaria, no concibiéndose una diferencia de tratamiento entre unas y otras en su relación con la legalidad. Llevando las cosas más allá, GARRIDO FALLA ve un argumento favorable a su tesis en el reconocimiento de una genérica potestad reglamentaria al Gobierno de la Nación en el art. 97 de la Constitución³⁸ y es sabido que en ese texto fundamental no se hace ninguna referencia a la potestad reglamentaria de las corporaciones locales. No obstante, es preciso señalar que este autor ve precisamente en el reconocimiento ordinario de la potestad reglamentaria de las Administraciones públicas en general un argumento a favor de sus tesis, al entender que ello se relaciona con la sujeción plena de la Administración a la Ley y al Derecho

³⁶ Vid. entre otros, BALLBÉ PRUNES, M. (1950): “Derecho administrativo”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo I, Ed. Seix, Barcelona, págs. 55-82, especialmente pp 62-65. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2015): *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, pp 422 y ss.

³⁷ Vid. entre otros, GARRIDO FALLA, Fernando (2002): *Tratado de Derecho Administrativo. Parte general*, Madrid, Tecnos, 13ª edición, pp. 198 y ss. BAENA DEL ALCAZAR, Mariano (1989): «Ordenamiento jurídico y principios generales del Derecho (Apuntes para una revisión de la teoría de las vinculaciones de la Administración)», *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*. Madrid: Civitas, 99 y ss.

³⁸ GARRIDO FALLA (2002): 203, en nota.

establecida en el art. 103 de la Constitución, ya no meramente a la Ley (vinculación, por tanto, al principio de juridicidad, ya no de legalidad, más limitado). Segundo, porque la polémica tenía su proyección fundamentalmente en el control jurídico de la actuación administrativa, especialmente en el ámbito del control de la discrecionalidad, no en las potestades o en las materias competencia de cada Administración pública.

Sólo muy posteriormente aparece la idea de la vinculación negativa de la potestad reglamentaria local o, formulado de forma más matizada, la “insuficiencia del concepto de vinculación positiva para la definición del ámbito propio de la actividad administrativa local”, como una crítica a la posibilidad de que el legislador sectorial pudiese vaciar de contenido efectivo los ámbitos competenciales reconocidos por el legislador básico a las corporaciones locales³⁹. Con anterioridad, un sector doctrinal ya se había referido a una modulación, que entendía necesaria, del principio de reserva de ley respecto a la actividad normativa local en aplicación tanto del reconocimiento constitucional de la autonomía de estos entes, como del principio democrático que se deriva de la representación directa propia de las Corporaciones Locales⁴⁰. Pero es sólo en ese momento posterior cuando la defensa de una competencia residual general de los Ayuntamientos se vincula con el concepto de vinculación negativa del principio de legalidad.

La construcción del argumento anterior puede parecer un poco innecesaria: las ordenanzas locales no necesitan una habilitación sectorial específica y nominativa para regular una materia de acuerdo con la Ley, pero ello no en función de la legitimación democrática directa de las corporaciones locales, sino de una atribución genérica de potestad reglamentaria por la Ley básica, que no necesita de confirmaciones puntuales en la Ley sectorial, siempre que ésta deje espacio material para una ulterior regulación o concreción. Pero lo mismo sucede con las Administraciones territoriales superiores, claramente en el caso del Gobierno de la Nación, en función de una atribución originaria de potestad reglamentaria en el art. 97 de la Constitución –a la que ya se ha hecho referencia-, pero también para los consejos de gobierno autonómicos, a los que los distintos estatutos de autonomía atribuyen esa potestad normativa de forma genérica (incluso, en un buen número de casos, la potestad de aprobar decretos ley, con excepción en tales casos incluso de sujeción al principio de legalidad en su vertiente de jerarquía normativa).

³⁹ PAREJA I LOZANO, Carles (1995): “Autonomía y potestad normativa de las corporaciones locales”, *Revista de Administración Pública* núm. 138, pp 107-142, especialmente pp. 121 y ss

⁴⁰ PAREJO ALFONO, Luciano (1993): *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Ed. Tecnos, Madrid, , págs. 79 y ss.

Otra cosa es la cobertura de la reserva de Ley que, en ámbitos como el sancionador, ha sido flexibilizada, tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, en función de la autonomía local tal como se reconoce en la Carta Europea de la Autonomía Local y de la legitimación democrática directa del Pleno municipal⁴¹.

⁴¹ El Tribunal Constitucional ha modulado el alcance de reservas materiales de Ley como la tributaria o la sancionadora, aunque sin llegar a establecer supuestos de exención. STC 233/1999, de 16 de diciembre (FFJJ 10 y 18), en relación a la Ley de Haciendas Locales, que utiliza una concepción flexible de la reserva de Ley en relación con las tasas y los precios públicos locales, reconociendo por consiguiente, un amplio ámbito de regulación para las Ordenanzas locales. Los argumentos para realizar esa flexibilización fueron los ya conocidos –autonomía local, legitimación democrática de los Ayuntamientos–, aunque la flexibilización no llegó al punto de autorizar a prescindir del encuadramiento de los tributos locales por una norma con rango de Ley. STC 132/2001, de 8 de junio, que acoge expresamente la doctrina vertida en la sentencia 233/1999, aunque la matiza, pues señala que la reserva de Ley en materia sancionadora ha de ser necesariamente más “estricta” que en el ámbito tributario. En lo que se refiere a la tipificación de las infracciones “corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad (...) criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción” (FJ 8). Por lo que se refiere a la tipificación de sanciones, la reserva de Ley del art. 25.1 CE impondría que la Ley de cobertura estableciese la clase de sanciones que pueden imponerse, no se exige que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino “una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica” (FJ 8).

El Tribunal Supremo ha ido más allá, admitiendo la tipificación de infracciones y sanciones en ordenanzas independientes. SSTS de 29 de septiembre de 2003 (recurso de casación núm. 5167/1998, Ar. RJ 2003\6487, ponente Mariano Baena del Alcázar), a propósito de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Ocupación de la Vía Pública con Contenedores del Ayuntamiento de Zaragoza y de 25 de mayo de 2004 (recurso de casación núm. 448/2002, Ar. RJ 2004\4036, ponente Antonio Martí García), sobre la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Zaragoza sobre Tenencia y Circulación de Animales de Compañía. Basan su argumentación en la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España el 20 de enero de 1988, para flexibilizar la exigencia de reserva de Ley en el ámbito local (fundamento cuarto de la STS de 29 de septiembre de 2003, reproducido en el fundamento tercero de la STS de 25 de mayo de 2004): “parece claro que si se otorga la potestad reglamentaria a las entidades locales, sin duda para ordenar los asuntos públicos de su competencia, y no se deduce ninguna consecuencia jurídica del incumplimiento de aquella ordenación, los supuestos titulares de la potestad reglamentaria, en este caso los entes locales, no tienen una capacidad efectiva de llevar a cabo la ordenación”. Con base en lo anterior, se añade: “... debemos declarar que mediante Ordenanza local, en cumplimiento de los preceptos generales de los artículos 55 y 59 del texto refundido de régimen local, se pueden tipificar válidamente las infracciones y sanciones, *que han de ser de carácter pecuniario*, cuando ello sea una garantía *indispensable* para su cumplimiento, siempre que al hacerlo *no se contravengan las Leyes vigentes, y únicamente en los casos en que*

No obstante, puede ser que con la construcción de la vinculación negativa de la potestad reglamentaria local se esté intentando ir más allá, proponiéndose algo similar a importar la categoría francesa de los reglamentos autónomos y aplicarla a las ordenanzas locales, reconociéndoles un ámbito propio de actuación, en la que la relación con la

no se haya promulgado Ley estatal o autonómica sobre la materia, y en los que los Ayuntamientos actúen en ejercicio de competencias propias que, por así decirlo, tengan el carácter de nucleares y lleven anejas potestades implícitas de regulación, y respetando los principios de proporcionalidad y audiencia del interesado, así como ponderando la gravedad del ilícito y teniendo en cuenta las características del ente local”.

Tomas de posición doctrinales sobre esta cuestión pueden encontrarse, con anterioridad a los pronunciamientos citados, en NIETO GARCÍA, Alejandro (1994): Derecho administrativo sancionador, Madrid, Tecnos, 2ª edición, p. 123; y con posterioridad, en CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “Sobre la potestad sancionadora municipal”, Cuadernos de derecho local núm. 6, 2004, pp. 131-142; y TOSCANO GIL, Francisco (2004): “La recepción por el Tribunal Supremo de la Doctrina de la Vinculación Negativa de la Ordenanza Local al Principio de Legalidad Sancionadora”, Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública núm. 54, pp. 163-191.

A mi juicio, subyace en esta argumentación la vieja concepción del carácter inherente de la potestad sancionadora a la atribución a la Administración de potestad reglamentaria, estableciendo un paralelismo entre la coacción administrativa que garantiza la ejecución de los actos singulares y la sanción que debe garantizar el cumplimiento de las normas reglamentarias. Como señaló en su momento GARRIDO FALLA, “hay que reconocer que en cada caso que se han atribuido a la Administración facultades sancionadoras el legislador no ha procedido por puro arbitrio, sino de acuerdo con un criterio que evidencia el nexo común que una todos estos supuestos. Y en la materia que se trata este nexo no puede ser otro que el hecho de que la sanción se imponga precisamente para reprimir transgresiones que se han producido en un campo cuya competencia y cuidado ha sido previamente encomendado a la Administración. La configuración de la Administración como un poder *jurídico* (y en tal sentido auto-suficiente) postula esta potestad sancionadora. Su fundamento es paralelo al que justifica la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos: ni la Administración tiene que recurrir a los tribunales civiles ordinarios, ni tampoco a los tribunales de la jurisdicción penal” [F. GARRIDO FALLA (1959): “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, Revista de Administración Pública núm. 28, pp. 11-50, p. 37]. Esta concepción, dominante en los años 50 del siglo pasado y que permitió una enorme expansión de la potestad sancionadora a través de su incorporación a diversas leyes sectoriales, contrasta con la actualmente dominante de la potestad sancionadora como manifestación del *ius puniendi* del Estado, que ha servido para la construcción jurisprudencial del Derecho administrativo sancionador posconstitucional, pero ha tenido un resurgimiento inesperado en el ámbito del Derecho local. Dada la extrema fragmentación del ordenamiento punitivo que supone, no en la versión atenuada del Tribunal Constitucional, pero sí en la más “municipalista” del Tribunal Supremo, comporta una manifestación más de la creciente primacía del principio de legitimidad, en su versión de legitimidad democrática, sobre el principio de seguridad jurídica.

Ley no sería inter-normativa, sino inter-ordinamental⁴². Si esto fuese así, sería susceptible de una contra argumentación, a mi juicio de un cierto peso. Para empezar, porque el parámetro de comparación propuesto por este sector doctrinal –el control autonómico de los planes generales de ordenación urbana en el momento de su aprobación- no es válido, en la medida en que la jurisprudencia considera a la Comunidad Autónoma habilitada para un control pleno de la legalidad y es sólo en el control de oportunidad, de la decisión “política”, en el que se distingue entre el ámbito local de actuación y la incidencia de políticas autonómicas a efectos del control administrativo del plan urbanístico en el momento de su aprobación por la Administración de la Comunidad Autónoma. En lo relativo a las ordenanzas locales, es claro que siempre y en todo caso, el control que puede ejercerse, en este caso por la jurisdicción contencioso-administrativa, es únicamente de legalidad. Por otra parte, tampoco es acorde con la práctica del Tribunal Supremo que en todos los casos contrasta el contenido de la ordenanza impugnada con las normas legales aplicables en la materia y que, por otra parte, en algún caso ha negado expresamente la posibilidad de interpretar la invocación de una vinculación negativa del principio de legalidad como el reconocimiento de una potestad reglamentaria autónoma de las entidades locales⁴³

⁴² PAREJA (1995): 136-137: “La creación de este espacio normativo autónomo local debe y puede ser garantizado a través de una interpretación de su contenido que garantice la existencia de dicha potestad de autorregulación. Así, la capacidad de autorregulación de las Corporaciones Locales en su intervención en los diversos ámbitos materiales que se inscriben en su círculo de intereses debe producirse de tal forma que la ordenanza local solamente pueda ser puesta en cuestión cuando la misma presente una contradicción manifiesta con las previsiones contenidas en la legislación sectorial y que esta contradicción manifiesta se refiera bien a la regulación por ley del contenido esencial de los derechos de los particulares, bien a un ámbito de intereses que claramente excedan de lo local”.

⁴³ En la STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 4ª, 1491/2014, de 10 de abril de 2014, recurso núm. 2094/2012, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, se hace referencia a la «potestad reglamentaria autónoma» que, en opinión del Tribunal Supremo, la defensa letrada del Ayuntamiento de Zaragoza estaría invocando para argumentar la validez de la Ordenanza de Circulación de Peatones y Ciclistas aprobada por el Ayuntamiento de Zaragoza el 29 de junio de 2009, que fue anulada. Al respecto, el Tribunal Supremo señala lo siguiente:

«esta concepción de la potestad reglamentaria de las entidades locales es errónea. Es verdad que esta Sala ha afirmado en algunas ocasiones que -a diferencia de lo que ocurre con la potestad reglamentaria de la Administración del Estado o, en su caso, de la Administración autonómica- la potestad reglamentaria de las entidades locales *mantiene con la ley una relación menos intensa, como consecuencia precisamente del principio de autonomía local*. Dado que las entidades locales gozan de autonomía para el cumplimiento de las funciones que tienen encomendadas y dado que sus órganos plenarios de gobierno disfrutan de innegable legitimidad democrática, hay que entender

En todo caso, la vinculación negativa de las corporaciones locales al principio de legalidad, basada en la legitimación democrática y la autonomía constitucional e internacionalmente garantizada, especialmente en lo relativo al ejercicio de la potestad reglamentaria ha encontrado un grupo de decididos defensores en un sector muy cualificado de la doctrina, en el que destaca GALÁN⁴⁴. No obstante, no es en absoluto una postura

que disponen de margen para diseñar sus propias políticas en los ámbitos de su competencia; y *esa capacidad de tener una propia orientación política no puede por menos de reflejarse en la configuración de su potestad reglamentaria*. Dentro de sus ámbitos de competencia, la potestad reglamentaria de las entidades locales puede adoptar, en principio, las normas que estime oportunas *siempre que no conculquen otras normas de rango superior*; es decir, la ley estatal -lo mismo valdría para la ley autonómica- funciona como un límite a la potestad reglamentaria de las entidades locales. *A diferencia de los reglamentos estatales o autonómicos, los reglamentos locales no suelen ser un instrumento auxiliar para actuar opciones ya adoptadas y predeterminadas en sus rasgos esenciales por la ley. Esto es lo que en alguna ocasión, con fórmula sintética, esta Sala ha llamado la "vinculación negativa" a la ley de la potestad reglamentaria de las entidades locales.*

Esta vinculación negativa, contrariamente a lo que parece entender el recurrente, no implica que a la ley -estatal o autonómica, según el caso- le esté vedada la entrada en aquellas materias que son competencia de las entidades locales. *No hay materias excluidas de la potestad legislativa*. El reparto competencial diseñado por el art. 149 CE y llevado a la práctica por los Estatutos de Autonomía opera entre el legislador estatal y los legisladores autonómicos; nunca con respecto a las entidades locales, que están sometidas a uno y otro. *Tan es así que la enumeración de las competencias de las entidades locales está constitucionalmente atribuida a la ley*. Las entidades locales, en suma, no pueden argüir que una norma con rango de ley está viciada de incompetencia por regular cuestiones locales; y lo mismo vale, por supuesto, para una norma reglamentaria estatal o autonómica que tenga suficiente cobertura en la ley. La única defensa que las entidades locales tienen frente al legislador viene dada por el principio de autonomía local, proclamado en el art. 137 CE; pero éste sólo determinaría la inconstitucionalidad de la ley en el supuesto de que ésta vaciara o perturbara gravemente la libre administración de las entidades locales, algo que no sucede por el mero hecho de que haya legislación -estatal o autonómica- sectorial en los ámbitos de competencia local».

⁴⁴ Vid. GALÁN GALÁN, Alfredo (2001): *La potestad normativa autónoma local*, Barcelona, Atelier, 2001. Más recientemente, haciéndose eco de la jurisprudencia, del mismo autor (2010) “La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local”, Revista CEMCI núm. 8, pp. 1-27. Una posición favorable a esta línea jurisprudencial también puede encontrarse en ORTEGA BERNARDO, Julia (2014): *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Madrid, Marcial Pons.

Una posición matizada en DÍAZ GONZÁLEZ, Gustavo Manuel (2013): “La extensión de la autonomía local en la Constitución española y en la Carta Europea de Autonomía Local de 1985 y la hipotética reserva reglamentaria a favor de los Entes Locales”, en Virginia DE CARVALHO LEAL (ed.), *El Derecho y sus razones. Aportaciones de Jóvenes Investigadores. Actas del I Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho*, León, Universidad de León, pp 27-33, quien sostiene la especificidad de la potestad reglamentaria local, aunque niega que las ordenanzas locales puedan llegar a

unánime: pueden apuntarse en este sentido las críticas vertidas por REQUERO⁴⁵, quien se hace eco de las numerosas apelaciones del Tribunal Supremo a la vinculación negativa de los municipios al principio de legalidad para señalar que se existe una confusión de ésta con otra cuestión netamente diferente, como es la garantía institucional de la autonomía local. Este autor señala, a mi juicio con acierto, que se está confundiendo lo relativo a la atribución de potestades a la Administración, campo donde juega el principio de legalidad, con la cuestión competencial. Por otra parte, señala este autor, el Tribunal Supremo sí entra a examinar la existencia de concretas normas que atribuyen la competencia sobre una materia como requisito para la validez de la ordenanza, por lo que la invocación de la vinculación negativa es –señala– un “razonamiento innecesario”.

3. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA REGULACIÓN POR ORDENANZA DE LA UBICACIÓN Y CONTROLES DE LAS ANTENAS DE TELEFONÍA MÓVIL

El tema del alcance de la potestad reglamentaria local en cuestiones relacionadas con el medio ambiente, específicamente en lo relativo a las antenas de telefonía móvil, ha sido objeto de atención en volúmenes anteriores del Observatorio de Políticas Ambientales, en los que se refleja la evolución de la jurisprudencia, inicialmente favorable a la posibilidad de regulaciones contenidas en ordenanzas locales que imponían obligaciones como la de utilizar las mejoras técnicas disponibles, línea jurisprudencial favorable a la competencia municipal para aprobar ordenanzas que suponen limitaciones para las empresas de telefonía en función de sus competencias urbanísticas, sobre patrimonio cultural o en materia de estética urbana, línea que se habría iniciado en 2001⁴⁶, a matizar su

considerarse reglamentos autónomos.

⁴⁵ REQUERO IBÁÑEZ, José Luis (2011): “Municipios y Vinculación Positiva”, en Revista de Jurisprudencia núm. 3. Accesible en http://www.elderecho.com/administrativo/Municipios-Vinculacion-Positiva_11_225805003.html

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 18 junio 2001, recurso de casación núm. 8603/1994 (RJ 2001, 8744), ponente Juan Antonio Xiol Ríos, sobre la Ordenanza de instalación de antenas del Ayuntamiento de Barcelona. Esta línea jurisprudencial se prolonga hasta el año 2011: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 15 de febrero de 2011 (recurso de casación núm. 4163/2006 [RJ 2011, 1464], ponente Antonio Martí García), sobre la Ordenanza Municipal Reguladora de las Condiciones de Instalación de Elementos y Equipos de Radio-comunicación de Coslada. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 12 de abril de 2011 (recurso de casación núm. 5333/2006 [RJ 2011, 3198], ponente Antonio Martí García) trae causa de la impugnación de la Ordenanza Municipal Reguladora de las

posición anterior con un enfoque más restrictivo, cuya línea directriz es salvaguardar la competencia estatal en la materia⁴⁷. Una línea en la que la

Instalaciones de Radiocomunicación y Funcionamiento de las mismas del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera. Con la misma fecha, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 12 de abril de 2011 (recurso de casación núm. 1809/2008 [RJ 2011, 3196], ponente Antonio Martí García) examinaba la Ordenanza municipal sobre instalaciones e infraestructuras de radiocomunicación en el término municipal de Valladolid. Finalmente, también está referida a una ordenanza local la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª) de 17 de enero de 2012 (recurso de casación núm. 297/2006 [JUR 2012, 30793], ponente Antonio Martí García) se resuelve el recurso de casación contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha por la que se había desestimado el recurso interpuesto por una empresa de telefonía contra la Ordenanza Municipal Reguladora de Instalaciones de Radiocomunicación, en término municipal de Iniesta (Cuenca). Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo: “Jurisprudencia contencioso-administrativa: el caso Aznalcóllar”, Observatorio de Políticas Ambientales 2012, Pamplona, Aranzadi, 2012, pp. 233 y ss, especialmente pp. 270-277.

⁴⁷ En especial, FUENTES I GASÒ, Josep Ramon y CASADO CASADO, Lucía: “La reordenación de las competencias ambientales de las entidades locales”, Observatorio de Políticas Ambientales 2014, pp. 527 y ss, en especial pp. 552-560. De los mismos autores, “Administración local y medio ambiente: supresión de licencias de actividad y avance de los regímenes de comunicación y declaración responsable”, Observatorio de Políticas Ambientales 2013, pp. 429 y ss, en especial pp. 437-444. También tratado, respecto a la doctrina de su propio Tribunal Superior de Justicia, en ROSA MORENO, Juan: “Política ambiental de la Comunidad Valenciana”, Observatorio de Políticas Ambientales 2007, pp. 435, especialmente pp. 443-444; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel y GUTIÉRREZ LLAMAS, Antonio: “Política ambiental de Murcia”, Observatorio de Políticas Ambientales 2007, pp. 571 y ss, especialmente pp. 596-595; ALENZA GARCÍA, José Francisco: “Política ambiental de Navarra”, Observatorio de Políticas Ambientales 2007, pp. 601 y ss, especialmente pp. 611-614; JIMÉNEZ JAÉN, Adolfo: “Política ambiental de Canarias”, Observatorio de Políticas Ambientales 2008, pp. 357 y ss, especialmente p. 377; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel y GUTIÉRREZ LLAMAS, Antonio: “Política ambiental de Murcia”, Observatorio de Políticas Ambientales 2008, pp. 603 y ss, especialmente p. 625; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel y GUTIÉRREZ LLAMAS, Antonio: “Murcia: novedades legislativas en la protección ambiental integrada”, Observatorio de Políticas Ambientales 2010, pp. 705 y ss, especialmente p. 417; SANZ RUBIALES, Iñigo y CAROPATÓN CARMONA, Isabel: “Castilla y León: Un balance de ejecuciones”, Observatorio de Políticas Ambientales 2011, pp. 467 y ss, especialmente pp. 482-483; JORDANO FRAGA, Jesús: “Andalucía: fin de un ciclo de política ambiental”, Observatorio de Políticas Ambientales 2012, pp. 415 y ss, especialmente p. 434; SANTAMARÍA ARINAS, René: “La Rioja: prevención de riesgos con separación de las políticas ambiental y territorial”, Observatorio de Políticas Ambientales 2012, pp. 679 y ss, especialmente pp. 695-697; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel y GUTIÉRREZ LLAMAS, Antonio: “Murcia: la nulidad de la actuación de interés regional de Marina de Cope”, en Observatorio de Políticas Ambientales 2014, pp. 875 y ss, en especial pp. 891-892; y JIMÉNEZ JAÉN, Adolfo: “Política ambiental en canarias: un año contra las

evolución del Tribunal Supremo vino precedida de la operada por algunos de los tribunales superiores de justicia. En este sentido, es ilustrativa la STSJ de Murcia de 4 de mayo de 2007⁴⁸, dictada en relación con la denegación de licencia de obras por parte del Ayuntamiento de Mazarrón para la instalación de una estación de base de telefonía móvil por parte de la empresa «Retevisión Móvil, S.A.»:

«Debe reconocerse que en el ámbito de las telecomunicaciones por ondas ha existido un periodo de orfandad normativa en la que estuvo justificada la intervención de los entes locales en respuesta a una demanda social de aplicación del principio de precaución, ya que nos encontramos ante un marco de incertidumbre científica que justifica la adopción de medidas para evitar la producción de riesgos para la salud o el medio ambiente, y las Administraciones competentes no fueron ágiles a la hora de afrontar el problema. Sin embargo, es obvio que la específica regulación de la materia, tal como ha quedado descrita, deja fuera de juego la posibilidad de que los Ayuntamientos se acojan ya a habilitaciones genéricas como las contenidas en el artículo 42.3 de la Ley General de Sanidad de 1986, cuya utilidad ha de reconocerse innegable en situaciones de ausencia de referencia normativa. Sin embargo, lo expuesto evidencia que en el ámbito de las telecomunicaciones por ondas la situación dista mucho de ser la de ausencia de regulación [...] La legislación estatal, a través de los artículos 44.3 de la Ley de 1998 y el 26 de la Ley de 2003 lo que está haciendo es establecer el mecanismo de conciliación de las diversas competencias en conflicto, reservando al Estado la fijación de necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas que, como es natural, no se ajustarán a los límites geográficos del Municipio, de forma que el proceso ha de ser el de adaptarse cada Municipio, en su planeamiento, a las exigencias supramunicipales fijadas por la Administración del Estado para garantizar el eficaz funcionamiento de la red. La huida por los Municipios de este procedimiento lo que ocasiona es descoordinación y disfunción en el sistema de telecomunicaciones» (fundamento segundo)

No obstante, esta línea no ha prevalecido en el Tribunal Supremo sino en fechas muy recientes y en circunstancias significativas a la hora de examinar las posibilidades de actuación abiertas a los municipios a través del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Por el contrario, como punto de partida, el Tribunal Supremo ha

prospecciones petrolíferas”, Observatorio de Políticas Ambientales 2015, pp. 805 y ss, en especial pp 817-826

⁴⁸ Recurso de apelación núm. 11/2007. Ar. JUR 2007\322549. Ponente Enrique Quiñonero Cervantes.

venido admitiendo que mediante la potestad reglamentaria municipal puedan introducirse previsiones que afectan a las antenas de telefonía móvil, previsiones que comportan determinados límites y condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones. El fundamento jurídico para ello está en las competencias municipales en urbanismo, medio ambiente urbano, patrimonio histórico o salud pública. No obstante, punto de partida que, como se ha ya señalado, ha sido considerablemente matizado en la jurisprudencia reciente.

Esta posición queda muy claramente marcada en la Sentencia de 17 de noviembre de 2009⁴⁹, en que se adopta una interpretación claramente favorable a las competencias municipales, urbanísticas en el caso, y apenas presentaba fisuras hasta el año 2011, con algunas manifestaciones incluso en el año siguiente, 2012, en que se dictan varias sentencias en las que, reiterando su jurisprudencia anterior, el Tribunal Supremo avala que los ayuntamientos contemplen en sus ordenanzas la obligación de las operadoras de compartir emplazamientos como medida de protección del paisaje urbano y del medio ambiente⁵⁰. También se declara conforme a Derecho la exigencia de un plan de implantación como condición para la licencia municipal de instalación⁵¹. Se permite condicionar la elección de la ubicación, imponiendo entre las posibles la más alejada de viviendas, centros docentes, clínicas u hospitales y la prohibición de instalaciones en edificios, conjuntos, emplazamientos y entornos protegidos o catalogados⁵² o la prohibición de instalación de antenas sobre el terreno en suelo urbano o urbanizable con uso dominante residencial, o en suelo no urbanizable de especial protección paisajística⁵³ o, finalmente, sujetar las condiciones

⁴⁹ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Cuarta, de 17 de noviembre de 2009 recurso de casación núm. 5583/2007, Ar. RJ 2010, 1764), ponente Enrique Lecumberri Martí.

⁵⁰ En este sentido, SSTS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 17 de enero de 2012 (recursos de casación núm. 5514/2007 y 297/2006), de 14 de febrero (recursos de casación núm. 3830/2010 y 1996/2010), de 28 de febrero (recursos de casación núm. 513/2007 y 5320/2006), de 6 de marzo (recursos de casación núm. 3404/2007, 5363/2006 y 3085/2006) y de 13 de marzo (recursos de casación núm. 198/2007 y 5044/2008), ponente Antonio Martí García en todos los casos.

⁵¹ De acuerdo con la STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 4ª, de 6 de marzo de 2012, recurso de casación núm. 5363/2006, ponente Antonio Martí García, es «una medida razonablemente proporcionada para asegurar la protección de intereses municipales respecto de los que tiene competencia y la función de proteger, como es la garantía de una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas».

⁵² STS, Sala de lo contencioso-administrativo, secc. 4ª, de 28 de febrero de 2012, recurso de casación núm. 5320/2006, ponente Antonio Martí García.

⁵³ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, secc. 4ª, de 14 de febrero de 2012, recurso de casación núm. 1996/2010, ponente Antonio Martí García.

urbanísticas de localización, instalación y seguridad de las instalaciones a la inspección municipal⁵⁴. Igualmente, el Tribunal Supremo considera ajustado a Derecho que en una ordenanza se prevea una revisión anual preceptiva de las instalaciones, con aportación de una certificación del cumplimiento de los niveles de emisión⁵⁵ o, incluso, que las licencias para la instalación de servicios de telecomunicaciones se revisen a iniciativa del ayuntamiento transcurrido un mínimo dos años, si la evolución tecnológica posibilita disminuir el impacto visual o cambios en el entorno hacen necesario reducir ese impacto⁵⁶. Los únicos límites serían que los condicionantes impuestos por los municipios no pueden ser de carácter absoluto, no deben impedir la prestación del servicio y deben respetar el principio de proporcionalidad⁵⁷. No obstante, en un momento determinado, la interpretación de esa exclusión de las prohibiciones absolutas llegó a ser muy poco operativa, de lo que son una buena muestra las afirmaciones vertidas en la sentencia de 4 de mayo de 2010⁵⁸:

«esta Sala considera que la interdicción de establecer restricciones absolutas al derecho de ocupación del dominio público o privado de los operadores a que alude el art. 29.5 , no debe ser interpretada en el sentido de que deba garantizarse, siquiera alternativamente, el derecho de los operadores a la ocupación de cada franja o porción, bien del dominio público, bien del dominio privado, que es la posición a que apunta la argumentación de la recurrente. En tal caso, las competencias municipales que se proyectan sobre el campo de las telecomunicaciones, en especial la

⁵⁴ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, secc. 4ª, de 24 de enero de 2012, recurso de casación núm. 2034/2007, ponente Antonio Martí García.

⁵⁵ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, secc. 4ª, de 17 de enero de 2012, recurso de casación núm. 5514/2007, ponente Antonio Martí García.

⁵⁶ SSTs, Sala de lo contencioso-administrativo, secc. 4ª, de 17 de enero y de 6 de marzo de 2012, recursos de casación núm. 297/2006 y 3085/2006, ponente Antonio Martí García.

⁵⁷ En la STS, Sala de lo contencioso-administrativo, secc. 4ª, de 13 de marzo de 2012, recurso de casación núm. 5019/2005, ponente Antonio Martí García, se anula una ordenanza que prohibía el emplazamiento de las instalaciones de telecomunicaciones en un radio menor de 610 metros del suelo clasificado como urbano o urbanizable. Aunque los municipios puedan establecer condicionantes a la ubicación, ello no deberá suponer una restricción para la adecuada prestación del servicio y deberá justificarse en la protección de intereses de competencia municipal, de forma proporcionada al sacrificio que se impone; en el caso se trataba «de una prohibición absoluta de ubicación de las infraestructuras sin razón urbanística, paisajística o medioambiental que explique o justifique dicha medida, que por inmotivada debe considerarse desproporcionada y arbitraria».

⁵⁸ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, secc. 4ª, de 4 de mayo de 2010, recurso de casación núm. 4801/2006, Ar. RJ 2010, 3577, ponente Antonio Martí García.

urbanística, sanitaria y medioambiental, se verían claramente cercenadas, impidiéndole de facto establecer prohibiciones al establecimiento de instalaciones sobre zonas determinadas.

Hemos de entender, por el contrario, que *la prohibición de establecer restricciones absolutas se refiere, bien a la imposibilidad de prestar adecuadamente el servicio en determinada zona o lugar, bien a la posibilidad de prestarlo solo en condiciones de gravosidad desproporcionada en relación con los beneficios que la restricción pueda revertir a los intereses municipales. Y no se ha acreditado en el pleito que tal situación se derive de la aplicación de la Ordenanza de la Ciudad Imperial*».

Sin embargo, a partir de 2011 se ha producido un giro o, quizá mejor, la introducción de muy relevantes matices en una línea jurisprudencial hasta ese momento abiertamente municipalista. Este giro se ha plasmado en tres puntos: la prohibición de la previsión de medidas adicionales de protección, la consideración de las obligaciones de adaptación a la mejor tecnología disponible como antijurídicas y la consideración como ilegales de las previsiones de seguros obligatorios.

Respecto a la previsión en ordenanzas de medidas adicionales de protección, el Tribunal Supremo las considera incompatibles con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones. En este apartado entran las obligaciones de instalar equipos adicionales de medición de la radiación electromagnética, puesto que la competencia del Estado en materia de telecomunicaciones comprende con carácter de exclusividad todas las cuestiones las cuestiones estrictamente técnicas sobre el uso del dominio público radioeléctrico⁵⁹

⁵⁹ STS, Sala tercera, secc. 4ª, de 6 de marzo de 2012, recurso de casación núm. 5363/2006, ponente Antonio Martí García, por la que se anula la previsión de la ordenanza que imponía a las operadoras la obligación de instalar en Badalona un equipo de medida continua de la radiación electromagnética generada por las emisiones de radiocomunicación de telefonía móvil. En sentido similar, por STS, Sala tercera, secc. 4ª, de 13 de marzo de 2012, recurso de casación núm. 5044/2008, ponente Antonio Martí García, se anula el precepto de la una ordenanza en que se establecía que el Ayuntamiento de Barcelona promovería y gestionaría un sistema de control remoto de los niveles de emisión de las antenas sectoriales de telefonía móvil que garantizase la comprobación continua del funcionamiento de los elementos radiantes de estas instalaciones bajo los parámetros ambientales y prevención del riesgo para la salud de las personas previstos en la normativa. Los costes de diseño, mantenimiento e instalación del sistema se habrían repercutido sobre los operadores en proporción al número de estaciones base, siendo la asunción de estos gastos condición para la obtención de las licencias municipales. De acuerdo con la sentencia, esta previsión

Respecto a la exigencia de prescripciones técnicas superiores a las establecidas por la normativa estatal o autonómica, fundamentalmente en cuanto a la adaptación a la “mejor tecnología disponible”, el Tribunal Supremo ha venido negando esta posibilidad a los ayuntamientos a partir de la *Sentencia de 15 de noviembre de 2011, de forma que el Tribunal Supremo ya no admite que los municipios puedan imponer medidas adicionales de protección a las establecidas por el Gobierno mediante el Real Decreto 1066/2001*⁶⁰, jurisprudencia consolidada de forma casi inmediata tanto en lo relativo a las prescripciones técnicas en general⁶¹, como a la *cláusula de «mejor tecnología disponible»* disponible en el mercado para la minimización de las exposiciones de las personas a los campos electromagnéticos y comportar el menor impacto ambiental y visual posible⁶².

En otro orden de cosas, el Tribunal Supremo también ha anulado los preceptos de una que imponían la obligación de suscripción de una póliza

implicaba la arrogación por el municipio de la potestad inspectora propia del Estado sobre cuestiones estrictamente técnicas.

En paralelo, en la STS, Sala tercera, secc. 4ª, de 6 de marzo de 2012, recurso de casación núm. 3085/2006, ponente Antonio Martí García, se anula la previsión de que la facultad de inspección y control de la Administración del Estado se complementa mediante el encargo a técnicos la realización de estudios y certificaciones sobre los niveles de exposición en aquellas instalaciones radioeléctricas que del ayuntamiento de El Rosario estimase oportunas, comunicándose el incumplimiento de las exigencias, en su caso, al Ministerio.

⁶⁰ 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, norma reglamentaria dictada en desarrollo de los arts. 48, 62 y 64 de la ya derogada Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, pero que ha mantenido su vigencia tras la entrada en vigor de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Mediante el Real Decreto 1066/2001 se incorporaron al Derecho español los límites de exposición del público a campos electromagnéticos recogidos en la Recomendación del Consejo de la Unión Europea 1999/519/CE, de 12 de julio de 1999, de acuerdo con la Comisión Internacional sobre Protección frente a Radiaciones No Ionizantes (ICNIRP).

⁶¹ Siguiendo este criterio jurisprudencial, en la STS, Sala tercera, secc. 4ª, de 13 de marzo de 2012, recurso de casación núm. 5919/2005, ponente Antonio Martí García, se anula el precepto de la Ordenanza para instalación y funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación en el término de Montilla que imponía un nivel máximo de inmisión electromagnética en zonas urbanas o urbanizables, en cuanto regula cuestiones estrictamente técnicas que competen en exclusiva al Estado.

⁶² SSTs, Sala tercera, secc. 4ª, de 28 de febrero de 2012, recursos de casación núm. 5320/2006 y 513/2007; de 6 de marzo de 2012, recurso de casación núm. 3404/2007; de 13 de marzo de 2012 (recurso de casación núm. 198/2007); de 24 de abril de 2012, recurso de casación núm. 4964/2008, ponente Antonio Martí García.

de seguro y prestación de fianza para cubrir la responsabilidad derivada de daños producidos a terceros⁶³. Por un lado, las antenas de telefonía no suponen un riesgo para la salud humana de acuerdo al actual estado de la ciencia⁶⁴. Pero además tal requisito no puede establecerse mediante ordenanza por carecer de cobertura legal pues, como señala el Tribunal Supremo, «no solo no pueden en su exigencia ampararse los municipios en sus competencias de protección urbanística, medioambiental, del patrimonio histórico o de la salubridad pública –se trata de posibles compensaciones a particulares frente a posibles daños– sino que es la Administración del Estado la que detenta la competencia exclusiva sobre legislación mercantil, señalando el art. 75 de la ley 50/1980 que será el Gobierno el que establezca los supuestos en que es obligatorio suscribir un seguro de esta índole» (fundamento sexto).

La línea jurisprudencial restrictiva de las posibilidades municipales en este campo puede entenderse actualmente consolidada con pronunciamientos como las sentencias de 31 de mayo, 7 de junio y 12 de junio de 2013⁶⁵, o con las más recientes de 24 de febrero de 2015⁶⁶. En el fundamento primero de estas últimas, el propio Tribunal Supremo resume el estado de la cuestión de acuerdo con la evolución reciente de su jurisprudencia:

«Sobre ese punto que está en la base de los recursos, se deduce

⁶³ SSTS, Sala tercera, secc. 4ª, de 13 de marzo de 2012, recursos de casación núm. 5019/2005, ponente Antonio Martí García. En sentido coincidente, STS, Sala tercera, secc. 4ª, de 17 de enero de 2012, recursos de casación núm. 297/2006, ponente Antonio Martí García.

⁶⁴ El Tribunal Supremo señala al respecto que «tal exigencia no está relacionada con los riesgos causados a la salud humana, pues la cercanía a las antenas de telefonía móvil no generan para los seres humanos, al día de hoy y con los conocimientos técnicos actuales, un riesgo acreditado de necesaria cobertura, máxime si tales garantías condicionan el ejercicio de una actividad que cuenta con la autorización y control de la Administración del Estado y no parece que las empresas concesionarias de estos servicios públicos necesiten de una especial cobertura para afrontar sus posibles compromisos»

⁶⁵ SSTS de la Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 4ª, de 31 mayo 2013, recurso de casación núm. 1598/2007, Ar. RJ 2013\5051, ponente Ricardo Enríquez Sancho; de 7 junio 2013, recurso de casación núm. 4398/2011, Ar. RJ 2013\4861, ponente Ricardo Enríquez Sancho; de 12 junio 2013, recurso de casación núm. 4689/2010, Ar. RJ 2013\4893, ponente Ricardo Enríquez Sancho.

⁶⁶ SSTS de la Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 4ª, de 24 de febrero de 2015, respectivamente recurso de casación núm. 2273/2013, Ar. RJ 2015\4066 Vodafone contra Ordenanza del Ayuntamiento de Basauri, y recurso de casación núm. 695/2013, Ar. RJ 2015\818, Telefónica SAU contra Ordenanza del Ayuntamiento de Basauri, ponente en ambos casos José Luis Requero Ibáñez.

una jurisprudencia que puede resumirse en los siguientes puntos:

1º El Estado tiene competencia exclusiva sobre el régimen general de las Telecomunicaciones -artículo 149.1.21ª de la Constitución- lo que se circunscribe a los "aspectos propiamente técnicos". Se está así ante un título competencial sectorial.

2º Este título ni excluye ni anula las competencias municipales para la gestión de sus respectivos intereses que son de configuración legal. Tales intereses se plasman en unos títulos competenciales transversales (la ordenación del territorio y urbanismo, protección del medio ambiente), cuyo ejercicio se concreta en las condiciones y exigencias que imponen para ubicar y establecer instalaciones e infraestructuras de telefonía móvil.

3º Se está así ante títulos competenciales de distinta naturaleza, uno sectorial de titularidad estatal y otros transversales de titularidad municipal que concurren o convergen en el mismo ámbito físico entendido como territorio -suelo, subsuelo y vuelo-, con objetos distintos y hasta a veces con distintas intensidades.

4º La Sala ha aplicado la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2012, referida a la concurrencia competencial de la normativa estatal y autonómica, pero ha entendido que su doctrina es extrapolable al ejercicio por los municipios de su potestad reglamentaria. De esta Sentencia cabe deducir que los títulos antes citados se limitan y contrapesan recíprocamente; no pueden vaciarse mutuamente de contenido y han de ejercerse con pleno respeto a las competencias sobre otras materias que pueden corresponder a otra instancia territorial.

5º Como criterios de delimitación competencial el Tribunal Constitucional ha dicho, por ejemplo, que de entrecruzarse e incidir en el mismo espacio físico una competencia estatal sectorial con una competencia horizontal, ésta tiene por finalidad que su titular -en esa sentencia, las Comunidades Autónomas- formule una política global para su territorio, con lo que se trata de coordinar las actuaciones públicas y privadas que inciden en el mismo y que, por ello, no pueden ser obviadas por las distintas Administraciones incluida la estatal.

6º La competencia sectorial como la ahora contemplada condiciona el ejercicio por los municipios de sus competencias, lo que lleva a que se acuda a la coordinación, consulta, participación, o

concertación como fórmulas de integración de estos ámbitos competenciales concurrentes. Aun así, si esas fórmulas resultan insuficientes, la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente.

7º De esta manera, como la Sala ha declarado que la competencia estatal en materia de telecomunicaciones no excluye las municipales, los Ayuntamientos en sus ordenanzas pueden establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones y contemplar exigencias para sus instalaciones.

8º Estas exigencias impuestas por los municipios en atención a los intereses cuya gestión les encomienda el ordenamiento, deben ser conformes a ese ordenamiento y no pueden suponer restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni pueden suponer limitaciones.

9º Esto ha llevado a la Sala a fijar como doctrina que el enjuiciamiento de los preceptos impugnados en cada caso se haga desde principios como el de proporcionalidad, lo que implica un juicio sobre la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la limitación que se haga al derecho al operador y el interés público que se intenta preservar».

El Tribunal Supremo no hace ninguna referencia, ni al resumir su propia jurisprudencia ni en el resto de la fundamentación de ambas sentencias, a la doctrina de la vinculación negativa del principio de legalidad.

4. CONSECUENCIA DE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LA LEGISLACIÓN SECTORIAL EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

Aunque haya ido precedida de la evolución de la jurisprudencia, no puede dejar de hacerse mención a la evolución de la legislación en esta materia. Concretamente, debe destacarse el art. 35 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que bajo el epígrafe de “Mecanismos de colaboración entre el Ministerio de Industria, Energía y Turismo y las administraciones públicas para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas”, contiene previsiones procedimentales con fuertes implicaciones para el ejercicio de la potestad de ordenanza en esta materia⁶⁷. Aunque con un claro precedente en la Ley

⁶⁷ Sobre las implicaciones ambientales de la Ley en su conjunto, vid. CASADO CASADO, Lucía y FUENTES I GASÓ, Josep Ramon (2015): “Administración local:

General de Telecomunicaciones de 1998⁶⁸, la Ley de 2014 va claramente más allá. En primer lugar, pese a su extensión, merece la pena transcribir el art. 25.2, relativo a un “doble informe” de carácter preceptivo y vinculante:

Incertidumbre sobre el alcance de las competencias ambientales”, en Observatorio de Políticas Ambientales 2015, pp. 583 y ss, especialmente pp. 593-597.

Más específicamente, vid. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2014): “Urbanismo e instalaciones de telecomunicaciones fijas en la ley general de telecomunicaciones”, Revista de urbanismo y edificación núm. 31, pp. 17-40. Sobre este tema puede también consultarse PENSADO SEIJAS, Alberto (2015): “Regulación jurídica actual de las antenas de telefonía móvil: de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones”, Revista jurídica de Castilla y León, núm. 36, pp. 1-45; LÓPEZ GUTIÉRREZ, Diego Manuel (2015): “Despliegue de redes de telecomunicaciones: Competencias de las Administraciones y análisis del nuevo marco normativo”, Revista Aranzadi Doctrinal num. 8/2015 pp. 61-70; MARTÍN DE ARRATE, Sebastián (2016): “Ordenanzas Municipales, Ley de Unidad de Mercado y Ley de las Telecomunicaciones”, Revista de estudios locales. Cunal núm. 187, 2016, pp. 60-70.

⁶⁸ Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, artículo 44.3: “Los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recabar del órgano competente del Ministerio de Fomento el oportuno informe, a efectos de determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones. Los diferentes instrumentos de planificación territorial o urbanística *deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, señaladas en los informes del Ministerio de Fomento*”. En sentido coincidente, en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, art. 26.2, se establecía lo siguiente: “Los órganos encargados de la redacción de los distintos instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recabar de la Administración General del Estado el oportuno informe sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial a que se refieran. Los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas contenidas en los informes emitidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y garantizarán la no discriminación entre los operadores y el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en el sector”.

A propósito del precepto contenido en la Ley de 1998, en la STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 5ª) de 9 de marzo de 2011, recurso de casación núm. 3037/2008, Ar. RJ 2011, 1297, se señala que la Ley exige que los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística recaben un informe estatal para determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones, añadiendo que en esos instrumentos de planificación territorial o urbanística se deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones señaladas en los informes elaborados en ese trámite por el órgano estatal competente. Aunque formalmente no sean “instrumentos de planificación territorial o urbanística”, *dicho informe se consideró exigible en el procedimiento de aprobación de las ordenanzas municipales sobre regulación de la instalación de redes de comunicaciones que formalmente no se presenten como instrumentos de planeamiento urbanístico pero que de hecho contengan una regulación tal que en la práctica venga a subdividir la clase de suelo de que se trate en zonas diferenciadas por*

«Los órganos encargados de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los *instrumentos de planificación territorial o urbanística que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas* deberán recabar el oportuno *informe* del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Dicho informe versará sobre la adecuación de dichos instrumentos de planificación con la presente Ley y con la normativa sectorial de telecomunicaciones y sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial a que se refieran.

El referido informe preceptivo será previo a la aprobación del instrumento de planificación de que se trate y tendrá carácter *vinculante* en lo que se refiere a su adecuación a la normativa sectorial de telecomunicaciones, en particular, al régimen jurídico de las telecomunicaciones establecido por la presente Ley y su normativa de desarrollo, y a las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas, debiendo señalar expresamente los puntos y aspectos respecto de los cuales se emite con ese carácter vinculante.

El Ministerio de Industria, Energía y Turismo emitirá el informe en un plazo máximo de *tres meses*. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 83.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, transcurrido dicho plazo, el informe se entenderá emitido con carácter *favorable* y podrá continuarse con la tramitación del instrumento de planificación.

A falta de solicitud del preceptivo informe, no podrá aprobarse el correspondiente instrumento de planificación territorial o urbanística en lo que se refiere al ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones.

En el caso de que el informe *no sea favorable*, los órganos encargados de la tramitación de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación

razón del destino específico o aprovechamiento urbanístico concreto que se les asigne, es decir, que materialmente califiquen suelo.

En la misma sentencia se estableció por el Tribunal Supremo que ese mismo informe sería preceptivo en el procedimiento autonómico correspondiente si la reglamentación general de una Comunidad Autónoma sobre ordenación de las infraestructuras en red de comunicaciones, predetermina el contenido de los instrumentos de planeamiento al imponerles un contenido o marcarles unas directrices de necesaria observancia a la hora de abordar la ordenación urbanística.

territorial o urbanística dispondrán de un plazo máximo de un mes, a contar desde la recepción del informe, para remitir al Ministerio de Industria, Energía y Turismo sus *alegaciones* al informe, motivadas por razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial.

El Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a la vista de las alegaciones presentadas, emitirá un *nuevo informe* en el plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de las alegaciones. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 83.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *transcurrido dicho plazo, el informe se entenderá emitido con carácter favorable* y podrá continuarse con la tramitación del instrumento de planificación. *El informe tiene carácter vinculante, de forma que si el informe vuelve a ser no favorable, no podrá aprobarse el correspondiente instrumento de planificación territorial o urbanística en lo que se refiere al ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones».*

No obstante, el informe anterior puede dejar de ser preceptivo, cuando el municipio adecue su proyecto de ordenanza –o, por supuesto, otro instrumento de ordenación territorial o urbanística- a los modelos y criterios preestablecidos por el Ministerio (art. 25.7):

«Igualmente, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo aprobará recomendaciones para la elaboración por parte de las administraciones públicas competentes de las normas o instrumentos contemplados en la presente sección, *que podrán contener modelos de ordenanzas municipales elaborados conjuntamente con la asociación de entidades locales de ámbito estatal con mayor implantación.* En el caso de municipios se podrá *reemplazar la solicitud de informe* a que se refiere el apartado 2 de este artículo por la presentación al Ministerio de Industria, Energía y Turismo del *proyecto de instrumento acompañado de la declaración del Alcalde del municipio acreditando el cumplimiento de dichas recomendaciones».*

Parece claro que la referencia al «ejercicio de las *competencias estatales en materia de telecomunicaciones*», ámbito en el que el informe del Ministerio es vinculante, es una referencia a la delimitación de un ámbito por la jurisprudencia en que éstas competencias prevalecen: medidas técnicas adicionales de protección, apelación a la cláusula de mejor tecnología disponible como requisito de actualización permanente de las instalaciones de telecomunicaciones y la exigencia de un seguro obligatorio para las operadoras.

5. CAUSAS E HITOS DE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ALCANCE DE LA POTESTAD DE ORDENANZA EN MATERIA DE ANTENAS DE TELEFONÍA MÓVIL

Los hitos de la evolución jurisprudencial pueden situarse en dos pronunciamientos: la sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo de 22 de marzo de 2011⁶⁹ y la sentencia del Pleno de la misma Sala de 11 de febrero de 2013⁷⁰.

En su *sentencia de 22 de marzo de 2011*, el Tribunal Supremo señaló como en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, aplicable en el caso, en el artículo 62 encomendó al Gobierno el desarrollo reglamentario de las condiciones de gestión del dominio público radioeléctrico con la precisión de que en dicho Reglamento habría de incluirse el procedimiento de determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerables que no supongan un peligro para la salud pública, y más aún, en el artículo 76, asignó al Ministerio de Fomento la competencia para inspeccionar los servicios y las redes de telecomunicaciones, de sus condiciones de prestación, de los equipos, de los aparatos, de las instalaciones y de los sistemas civiles. Tras un primer desarrollo reglamentario, se promulgó el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, texto reglamentario en el que se fijaron unos límites de exposición, referidos a los sistemas de radiocomunicaciones y se establecieron mecanismos de seguimiento de los niveles de exposición, mediante la presentación de certificaciones e informes por parte de operadores de telecomunicaciones, la realización de planes de inspección y la elaboración de un informe anual por el Ministerio competente. Previsiones que no se alteraron, en lo relativo a las competencias de la Administración General del Estado, en la posterior Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones ni, debe añadirse, en la vigente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. A partir de

⁶⁹ STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª) de 22 de marzo de 2011, recurso de casación núm. 1845/2006, Ar. RJ 2011\5747, ponente Jesús Ernesto Peces Morate. En este caso lo impugnado era una norma reglamentaria de la Comunidad Autónoma de Cataluña, el Decreto 148/2001, de 29 de mayo, de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y instalaciones de radiocomunicación.

⁷⁰ STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Especial) de 11 de febrero de 2013, recurso de casación núm. 4490/2007, Ar. RJ 2013\3098, ponente Ricardo Enríquez Sancho. Voto particular de José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat y Segundo Menéndez Pérez.

ahí, afirma el Tribunal Supremo, su aproximación a la cuestión de “la legalidad de diferentes regulaciones autonómicas o municipales” se ha basado en

«contemplación casuística y circunstanciada de cada asunto, asentada sobre la distinción dialéctica entre lo que son cuestiones predominantemente atinentes al urbanismo/ordenación del territorio y sanidad/medio ambiente, aptas para su regulación por Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, frente a las materias básicamente técnicas, que como tales encajan en la competencia estatal consagrada en el precitado artículo 149.1.21 de la Constitución».

Es destacable que no sólo en el párrafo anterior, sino en su argumentación subsiguiente, el Tribunal Supremo trata conjuntamente las competencias normativas de ayuntamientos y comunidades autónomas con incidencia en las instalaciones de telecomunicaciones. Sobre esa base, en la sentencia que se está examinando se hace un circunstanciado recorrido de los pronunciamientos jurisprudenciales recaídos sobre la competencia municipal en la materia, en los que siempre se habría tenido en cuenta, de acuerdo con el Tribunal Supremo, el núcleo de competencia estatal, pese a las apariencias:

«No ignoramos que algunas sentencias más recientes de esta Sala (Sección Cuarta), sobre todo a partir de la de 17 de noviembre de 2009 (recurso de casación 5583/2007), *han enfatizado el valor de las competencias autonómicas y municipales sobre urbanismo y ordenación del territorio, sanidad y ambiente*. Ahora bien, aun siendo ese el sentido final de lo resuelto por la Sala en dichas sentencias en atención a las concretas circunstancias de cada litigio, *en ningún momento se ha discutido en ellas el punto de partida que venimos destacando acerca de la exclusividad de la competencia estatal en lo concerniente a la ordenación de las telecomunicaciones stricto sensu, ex artículo 149.1.21 de la Constitución*».

Sobre esta base se examina la norma recurrida, declarando la nulidad de determinados preceptos por incompetencia al entrar en cuestiones técnicas reservadas al legislador estatal. Como se argumenta en el fundamento undécimo:

«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 [...] Por eso no cabe, como antes decíamos, invocar los títulos competenciales en materias como el urbanismo, el ambiente o la sanidad para defender una ordenación autonómica que desdibuje la unidad de la regulación técnica del mercado de las telecomunicaciones».

El Tribunal Supremo remacha su argumentación en términos contundentes: «en la materia de las telecomunicaciones en que nos movemos, es al legislador estatal al que le ha correspondido cohonestar los intereses de las empresas del sector, por un lado, y las exigencias ambientales y sanitarias por otro». Por ello, «la regulación estatal no es un simple mínimo común que pueda ser unilateralmente ampliado por las Comunidades autónomas con pretendido amparo en los títulos competenciales de ambiente y sanidad».

Argumentos paralelos a los anteriores llevan al Tribunal Supremo en fundamentos anteriores a anular igualmente las exigencias de adaptación a las mejores técnicas disponibles en cada momento para minimizar impactos urbanísticos o ambientales, fundamentos a los que añade la inseguridad jurídica que la norma autonómica estaría creando.

La *Sentencia de 11 de febrero de 2013* es adoptada por el Pleno de la Sala de lo contencioso-administrativo al entenderse que –como se señala en los antecedentes- en el asunto suscitado por la impugnación por France Telecom España de la Ordenanza Municipal Reguladora de las Infraestructuras Radioeléctricas de Telecomunicación aprobada por acuerdo del Ayuntamiento de Burriana de 3 de junio de 2005, “*existía discrepancia entre la doctrina mantenida repetidamente por la Sección Cuarta de esta Sala y la sentencia de 16 de noviembre de 2011 dictada por su Sección Quinta*”. Es decir, discrepancia entra la solución otorgada por la Sección 5ª a la impugnación de un reglamento autonómico, del que había conocido en función de su competencia en materia ambiental, y la doctrina elaborada, en función de su competencia sobre régimen local, por la Sección 4ª sobre el ejercicio de la potestad de ordenanza con incidencia en las telecomunicaciones.

Como se señala en el cuerpo de la argumentación (fundamento quinto):

«De la evolución jurisprudencial que hemos sintetizado, correspondiente a sentencias dictadas por la Sección Cuarta de esta Sala, puede concluirse que, por razones de salubridad pública, los Ayuntamientos están autorizados para prohibir la instalación de estaciones base de telefonía dentro de determinadas distancias a espacios especialmente sensibles siempre que ello no suponga para la empresa prestadora del servicio la imposibilidad de hacerlo de modo satisfactorio.

Sin embargo la sentencia de la *Sección Quinta de esta misma Sala de 22 de marzo de 2011*, enfrentada a una regulación que, entre otras determinaciones, prohibía la instalación de antenas a las distancias que el reglamento señalaba, según se tratara de zonas de uso continuado para las personas, espacios abiertos de los centros docentes y establecimientos que acojan de manera regular población en edad escolar, resuelve el recurso desde una perspectiva que no había sido considerada antes, la de si esas prescripciones suponían una regulación de carácter técnico sobre la que los Ayuntamientos no podían actuar por tratarse de una competencia atribuida con carácter exclusivo al Estado en el artículo 149.1.21^a de la Constitución, ejercitada, por lo que se refiere a la protección de la salud por medio del Real Decreto 1066/2001».

La cuestión debatida era la –por otra parte bastante típica– prohibición de situar infraestructuras radioeléctricas de telecomunicación en escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos, en los edificios colindantes a esos espacios o en edificios que se sitúen en su linde o frente de fachada y además una distancia mínima de 100 metros respecto a cualesquiera de ellas. En su examen de la cuestión el Tribunal Supremo invoca la “cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985”, así como el “principio de autonomía municipal garantizado en los artículos 137 y 140 de la Constitución”, para interpretar las competencias municipales, pero se abstiene de hacer cualquier alusión a una supuesta vigencia de la vinculación negativa del principio de legalidad aplicable a las entidades locales.

El Tribunal Supremo destaca, en un extenso argumento, que el Gobierno ha establecido las normas técnicas aplicables y lo ha hecho con total acuerdo con las prescripciones internacionales y la evidencia científica (fundamento cuarto). Tras recordar que el Real Decreto 1066/2001 establece unos límites máximos de emisión que dependen de las frecuencias y que recogen los criterios de protección sanitaria frente a

campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos. El Real Decreto se impugnó invocando, básicamente, el principio de precaución, recogido en el artículo 174.2 del Tratado de la Comunidad Europea con referencia a la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente, que, cuando haya dudas sobre los riesgos para la salud de las personas, se adopten medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos. En la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2006⁷¹ se resolvió el recurso considerando que el reglamento respetaba el principio de precaución. Como hace el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2013, puede destacarse que los límites establecidos a las emisiones "son el resultado de una compleja revisión científica internacional llevada a cabo por organismos públicos o entidades independientes que, una vez establecidos los niveles de exposición a emisiones radioeléctricas no ionizantes que pudieran considerarse potencialmente adversas para la salud, fijó el umbral para las personas en una cantidad cincuenta veces inferior a aquellos: los valores de las denominadas restricciones básicas y niveles de referencia corresponden, pues, no al umbral de protección mínimamente seguro sino a otro cincuenta veces inferior". Además, "los recientes planes de inspección realizados por el Ministerio de Ciencia y Tecnología han demostrado que las antenas de telefonía móvil emiten cientos de veces menos de los límites considerados seguros por la Comisión Europea, la OMS y el Real Decreto 1066/2001"⁷². A esas afirmaciones de la Sentencia de 2006, en 2013 el Tribunal Supremo añade que estudios posteriores han confirmado la inocuidad de tales niveles de emisión:

«el Tribunal Supremo pone de manifiesto que se han producido tanto en el ámbito interno como internacional diversos informes que confirman que en los límites indicados por el Real Decreto 1066/2001 no exista prueba alguna que permita establecer una relación causal entre la exposición a los campos electromagnéticos producidos por las estaciones base y por las antenas de telefonía móvil y efectos adversos para la salud humana».

⁷¹ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 19 de abril de 2006, recurso contencioso administrativo núm. 503/2001, Ar. RJ 2006, 2154, ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona.

⁷² Como ya se ha señalado, son varios los elementos necesarios para la aplicación del principio de precaución: la identificación de un factor de riesgo, que debe ser además un riesgo grave, y la incertidumbre científica en la caracterización del riesgo, que debe ser una incertidumbre "objetiva". En este sentido, CIERCO (2004: 106-109).

La conclusión de todo ello, expresada en términos contundentes en el último párrafo del fundamento sexto, es la inoperancia de las competencias municipales ambientales o sanitarias para establecer limitaciones adicionales a los operadores de telefonía para el despliegue de antenas:

«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 solo se establecen mas límites de exposición al público en general a los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radiolétricas 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».

6. RECAPITULACIÓN: UNA CLÁUSULA DE CONTENIDO INDEFINIDO

El Tribunal Supremo –o, más concretamente, la Sección 4ª de la Sala de lo contencioso-administrativo- inserta una invocación ritual a la vinculación negativa de las corporaciones locales al principio de legalidad en un gran número de casos en los que lo que se cuestiona es la competencia de un ayuntamiento para regular mediante ordenanza una determinada actividad. El argumento nunca se utiliza aisladamente, como único fundamento de la decisión, sino que por el contrario la Sala no se considera exonerada de explorar los títulos competenciales municipales que concurren en cada caso. Por otra parte, el resultado de la invocación es en unos casos positivo para las posiciones municipales –eficiencia térmica de los edificios o utilización de estiércol y residuos orgánicos como fertilizante agrícola- y en otros no –ordenanzas de tráfico-, lo que permite suponer que es el examen del conjunto de los títulos competenciales concurrentes y de la normativa estatal y autonómica aplicable lo que resulta determinante para la conclusión. Por otra parte, en ámbitos también sumamente relevantes desde un punto de vista ambiental –al menos, parecían serlo unos años atrás, cuando los medios de comunicación atizaron una considerable alarma social-, como las antenas de telefonía

móvil y otras instalaciones de telecomunicaciones, la cláusula brilla por su ausencia, tanto en el momento de interpretación expansiva de la competencia municipal, como cuando ha llegado el tiempo de su reconducción. Es más, en este último caso ha sido la equiparación explícita del alcance de la competencia autonómica y de la competencia local – puesta sobre la mesa por la Sección 5ª en la Sentencia de 22 de marzo de 2011- lo que ha llevado a una reconsideración formal de la cuestión –por el Pleno de la Sala, en la Sentencia de 11 de febrero de 2013-, en sentido restrictivo de la competencia local.

Finalmente, ¿qué aporta la doctrina o, quizá mejor, la incorporación de la invocación de la vinculación negativa del principio de legalidad como cláusula de estilo a un gran número de sentencias?. La interpretación expansiva de las competencias locales, si es lo que se desea, puede justificarse en la garantía de la autonomía local, tanto la contenida en la Constitución como la incorporada a nuestro ordenamiento a través de la ratificación de la Carta Europea de Autonomía Local de 1985. Además, a partir de la legislación básica, es razonable sostener la existencia de una habilitación general a los ayuntamientos para regular mediante ordenanza las materias en las que es competente. Lo que no sería razonable es apoyar en tales datos normativos una mayor deferencia judicial para las ordenanzas locales, que es a lo que puede terminar llevando una invocación que a veces parece irreflexiva de la vinculación negativa del principio de legalidad a las entidades locales.

En cuanto a las consecuencias ambientales, no parece que ni la invocación en sí del principio de legalidad en su vertiente de vinculación negativa ni una eventual ampliación jurisprudencial del contenido material de la potestad de ordenanza puedan tener los efectos favorables que sí pudieron haber tenido en otro tiempo. La densidad de las normativas estatal y autonómicas y la variedad de técnicas disponibles dejan poco margen para el desarrollo normativo, pero permiten a los municipios una actuación efectiva sin necesidad de recurrir –más allá de los aspectos auto-organizativos- a una potestad reglamentaria cuyo ejercicio tiene una mayor visibilidad y repercusión social que el de la mayoría de las potestades meramente ejecutivas, pero una efectividad en muchos casos discutible.