
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 3 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 131/2002-BG
Sentencia nº 12 (4-02-2003)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA URBANÍSTICA. DESESTIMACIÓN. ESTACIÓN BASE DE TELEFONÍA MÓVIL.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José Alfonso Tello Abadía

En la Ciudad de Zaragoza a cuatro de febrero de dos mil tres.

Vistos por mí, D. José Alfonso Tello Abadía, Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de los de Zaragoza, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 131/02-BG, seguidos a instancia de A.M., S.A., representada por el Procurador Sra. S.B. y defendido por el Letrado Sr. L.C., contra la resolución de 19/12/2001 de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza que desestimaba la solicitud de licencia para instalar una Estación Base de Telefonía Móvil en Zaragoza, calle Reina Fabiola. Con defensa del Ayuntamiento por el Letrado Sr. D.G.R.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.— Con fecha 26/04/2002 fue turnada a este Juzgado procedente del Juzgado Decano de los de esta Ciudad demanda interpuesta por la Procuradora Sra. S.B. en nombre y representación de la mercantil demandante, contra la resolución señalada más arriba. Mediante proveído de fecha 29/04/2002 se tuvo por interpuesto el recurso. Tras su recepción se dio traslado a la actora para deducir la demanda, presentándose con fecha 25/09/2002 y en la que se suplicaba se declarase la nulidad del acuerdo municipal impugnado por no ser ajustado a derecho, declarando que la demandante ha obtenido por silencio positivo la licencia solicitada en fecha 13/02/1996.

Mediante proveído de fecha 25/09/2002 se tuvo por formalizada la demanda y se dio traslado a la Administración demandada para que contestase a la demanda. Trámite que evacuó con fecha 08/10/2002. Tras recibirse el pleito a prueba, se evacuó el trámite de conclusiones por las partes y quedaron los autos conclusos para sentencia mediante proveído de fecha 09/01/2003.

SEGUNDO.— En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y prescripciones legales a excepción del término para dictar sentencia y su cuantía es indeterminada pero en todo caso superior a 18.030 euros a efectos de recursos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.— Diversos son los motivos de oposición aducidos por la parte recurrente en el presente recurso, que se refiere a una resolución dictada por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza por la que se acordaba no haber lugar a autorizar la licencia interesada para la instalación de una estación base de Telefonía Móvil en la calle Reina Fabiola, de Zaragoza. No obstante los distintos motivos se concentran en uno principal: que la licencia se ha obtenido en virtud de silencio positivo, si bien previamente hacía referencia a la legislación aplicable al caso y a las características de la instalación a los efectos del PGOU de 1986.

Refiere la parte la existencia de una necesidad técnica de implantar la estación base, atendido el carácter de concesionario obtenido mediante la oportuna licencia de concesión de gestión indirecta de comunicación móvil personal, lo que le obliga a prestar el servicio en las mejores condiciones, de ahí la necesidad de instalar las estaciones base. Sobre la existencia de la concesión y sobre la posibilidad de cumplir o no las condiciones de la misma, hay que decir, que la posibilidad de cumplir o no la concesión hecha por el Estado, se trata de una cuestión ajena al Ayuntamiento, pues, éste deberá velar por la observancia de sus obligaciones y la protección de los intereses generales de los ciudadanos, no pudiendo omitir su cumplimiento por el hecho de que pueda perjudicar a un particular o suponer algún tipo de obstáculo a actuaciones de otras administraciones, y si se produce una situación de este tipo, deberá resolverse con arreglo a los instrumentos que brinda el ordenamiento jurídico, pero no pretender, como hace la parte, que el cumplimiento de una concesión estatal suponga la dejación y abandono de sus funciones y obligaciones por parte del Ayuntamiento.

Tampoco la existencia de un interés público o utilidad social que pudiera derivar de la propia Ley, permite incumplir procedimientos o justificar la inobservancia de normas de obligado cumplimiento, pues la concesionaria para la instalación de las antenas, deberá atenerse a la normativa aplicable en todos los aspectos que afecten a la actividad que se pretende desarrollar, estando obligadas a ejercer su concesión de conformidad a la legalidad.

Tampoco procede examinar ahora la cuestión relativa a la inocuidad o no de las instalaciones, pues los motivos aducidos por el Ayuntamiento han sido exclusivamente urbanísticos: la inadecuación al PGOU de 2001 y a la inexistencia de un Programa de Implantación, conforme a la Ordenanza que se estimaba aplicable.

SEGUNDO.— Pasando al examen del motivo que afecta al fondo del asunto, que como ya se ha dicho es la pretensión de que la licencia se había ya obtenido por silencio administrativo de carácter positivo. Para resolver la cuestión deberá atenderse en primer lugar a la normativa aplicable.

La fecha de presentación de la solicitud de licencia en el Ayuntamiento de Zaragoza fue 13/02/1996, publicándose en el Boletín Oficial de Aragón de

16/06/2001 la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana que sustituía al de 1986. Por otra parte la Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicación por Transmisión Recepción de Ondas Radioeléctricas se publicó en el B.O.P. de 21/06/2001.

La fecha de presentación de la solicitud implica que la normativa adjetiva aplicable sea la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Administrativo Común en la redacción original, no en la dada por la Ley 4/1999 de 13 de Enero que entró en vigor a los tres meses de su publicación, es decir, 14/04/1999, cuya reforma no es de aplicación por lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de dicha Ley 4/1999, que no es de aplicación a los procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor. La normativa sustantiva de aplicación es el art. 242.1 del RDL 1/1992 de la Ley del Suelo, pues, la Ley 5/1999 de 25 de marzo, Urbanística de Aragón, entró en vigor en fecha 7/04/1999, por tanto posteriormente a la solicitud de licencia.

Debe plantearse a continuación si la norma de planeamiento aplicable es el PGOU de 1986 vigente cuando se dedujo la solicitud, o debe serlo el revisado en 2001, que estaba vigente cuando se resolvió la misma. No debe olvidarse que el retraso en la resolución del expediente, no puede suponer un perjuicio para el interesado, pues, manteniendo este que obtuvo la licencia por silencio positivo y atendido que el art. 43.4.a) de la Ley 30/1992 impide dictar una resolución contraria al sentido del silencio, que se regula por la normativa vigente en el momento de producirse, es obligado tener en cuenta también la normativa vigente en el momento en debió resolverse el expediente. Así las SS.T.S. 29/04 y 19/11/1997 y 6/02/1998 señalan que la normativa aplicable es la vigente en el momento de la concesión si no habían transcurrido tres meses a partir de la solicitud, pero no cuando la normativa nueva hubiese entrado en vigor después de transcurridos dichos tres meses, que atendían al silencio negativo, en cuyo caso se aplicaría la normativa vigente al vencer tal plazo, pues de otra manera se estaría castigando al solicitante por la tardanza de la Administración en resolver. Así pues habiéndose decantado la Ley Urbanística por el criterio jurisprudencial, debe aplicarse del mismo modo en cuanto a lo que debe entenderse por «momento de la concesión», entendiéndose por tal, no el momento de resolverse la solicitud sino el momento límite en que con arreglo a la normativa aplicable debería haberse resuelto. Criterio que respeta tanto la seguridad jurídica como la justicia. A lo que debe añadirse en el presente caso que tratándose de silencio positivo debió obtenerse, el certificado de acto presunto y el transcurso del plazo de 20 días de aplicarse la redacción originaria de la Ley 30/1992, no siendo precisa tal certificación si se aplica la Ley 4/1999.

TERCERO.— Sentado lo que se acaba de decir procederá examinar a continuación si concurrieron las circunstancias precisas para estimar la existencia de silencio positivo a lo que deberá añadirse la observancia de lo dispuesto en el art. 246.2 del RDL 1/1992 que impide entender adquiridas por silencio

administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico.

Deberá examinarse la posibilidad de obtención de la licencia mediante silencio positivo conforme a lo dispuesto en el PGOU de 1986, y caso positivo no será preciso continuar adelante con la exposición, en otro caso y conforme al principio de norma más favorable del art. 197.4 de la LUA., habrá que examinar la existencia de silencio positivo con arreglo al Plan de 2001.

Principiando por el Plan de 1986 los otros dos Juzgados de lo Contencioso Administrativo con sede en esta Ciudad han tenido ocasión ya de pronunciarse sobre la materia, y procederá aquí asumir la doctrina que resulta de las citadas resoluciones, como se ha hecho ya en recientes resoluciones de este mismo Juzgado y concretamente la dictada por el Juzgado nº 1 en el Procedimiento Ordinario 273/01 conforme al cual:

«Siguiendo pronunciamientos coetáneos al presente y realizados por el Juzgado de lo Contencioso nº 2 en asuntos idénticos al presente se ha de indicar que el art. 3.1.13 del PGOU de 1986, no se consideran incluidos en la altura máxima los elementos funcionales propios de las instalaciones de un edificio como depósitos de agua, refrigeradores, paneles solares, etc., con un máximo de 3 m. y sin que excedan de un plano inclinado de 45º trazado por el borde del alero. Pues bien, por muy flexible que se pueda ser en la interpretación de tales normas no puede admitirse el alegato que de forma principal se deduce en la demanda según el cual se incluirían las estaciones de telefonía móvil entre los elementos que no computan dentro de la altura máxima del edificio. Este tipo de antenas tienen por objeto servir al público en general y ello con independencia de que alguno de los vecinos pueda beneficiarse de la misma, si tiene contratado un teléfono móvil con a compañía recurrente, ya que esto será circunstancial y no por ser vecino sino en la medida en que esté en las inmediaciones de la antena y se sirva de la repetición su señal. Es decir, la estación base, no sólo no entra en el mencionado concepto del art. 3.1.13, sino que el examen e los ejemplos de la norma ya pone de relieve que son todos elementos necesarios o auxiliares de la vivienda, precisos para el cumplimiento de sus fines y destinados en exclusiva al servicio de sus moradores. Por otro lado, la antena es claro que sobrepasa el máximo de tres metros, aunque no lo sobrepase la caseta. Según resulta de los planos del proyecto pero es que el art. 3.1.13.1 no distingue según se trate de espacios cerrados o casetas o se trate de antenas o mástiles de otro tipo.

Es claro por tanto que la instalación de la aludida antena, contraviene el precepto que sobre la altura máxima establecía el art. 3.1.13 del PGOU de 1986 y que por lo razonado cabe calificar la misma como elemento funcional propio de la instalación y como tal excepción a la norma general que impone que no se superen la altura máxima de las edificaciones. Y ello en el convencimiento de que no estamos en presencia de un vacío normativo. La norma es clara al señalar que nada podrá construirse por encima de la altura máxima del edificio, establece una excepción conectada al servicio propio del mismo y con unas evidentes limitaciones de altura y de impacto visual. Pues bien, en este

caso, como queda explicado, ni se dan las circunstancias para entender análogicamente que la antena debe calificarse como elemento funcional del propio edificio, pero es que además como tal excepción, al superar los tres metros de altura no podría ser en ningún caso autorizada».

A lo dicho hasta aquí debe añadirse que en la Ley 30/1992, en su redacción originaria, que es la aplicable al presente caso, exigía en su art. 44.2 la certificación de actos presuntos, de manera que para adquirir el derecho que se reclama, debió la actora pedir y obtener la certificación correspondiente, lo que constituye otro motivo para entender de aplicación la norma más favorable, pues, al renunciar la parte a la solicitud de dicho certificado, tácitamente está aceptando la aplicación de la nueva normativa, al esperar a la resolución expresa que pudiera dictarse por el Ayuntamiento. De manera que no se obtuvo la licencia por silencio positivo, lo que obliga a comprobar si la resolución expresa se ajusta o no a la normativa en vigor en el momento de ser dictada.

CUARTO.– En el PGOU de 2001 se regulan, en el art. 2.2.22, las construcciones que se admiten por encima de la altura máxima, y en lo que aquí nos interesa dice: «Sobre la altura máxima se permitirán también estructuras funcionales propias del edificio tales como pararrayos o antenas colectivas, las estructuras superpuestas ajenas a la función propia del edificio, como antenas o repetidores de comunicaciones, rótulos, logotipos, publicidad y otros análogos que no formen parte de la estructura portante ni de las instalaciones del edificio, solamente se admitirán en casos puntuales debidamente justificados y con sujeción a los criterios establecidos en las normas de ornato público, las ordenanzas municipales y en su caso las normas sectoriales que sean de aplicación.»

El Plan parte del principio de prohibición de aquellas estructuras que superen la altura máxima del edificio, previéndose en el precepto transcrito las excepciones a la norma general. De manera que tratándose de una antena o repetidor que es ajeno a la función del edificio, tal y como ya se ha dicho más arriba, dichas instalaciones no pueden entenderse incluidas entre las estructuras funcionales propias del edificio. De manera que para que proceda la autorización de una antena o repetidor, tal y como se ha visto más arriba es preciso: que se trate de casos puntualmente justificados; sujeción a los criterios establecidos en las normas de ornato público; a las ordenanzas municipales y a las normas sectoriales aplicables. De manera que la aprobación requiere un examen puntual y concreto de la petición de que se trate, y al tratarse de una excepción a la norma general, que es la prohibición de superar la altura máxima del edificio, no pudo obtenerse por silencio positivo conforme al PGOU de 2001.

Para el caso de que se estime de aplicación la Ordenanza de 2001, tampoco correría mejor suerte la pretensión de haber obtenido la licencia por silencio, pues en todo caso sería preciso haberse aprobado el programa mencionado en el art. 4.1 de la Ordenanza y haberse solicitado la licencia con posterioridad a dicha aprobación para poder entenderla obtenida por silencio positivo, lo que no sucedió en el presente caso.

QUINTO.— La resolución expresa dictada por el Ayuntamiento se funda en dos motivos para desestimar la solicitud de licencia, uno primero que es la inadecuación a lo dispuesto en el art. 2.2.22.3 del PGOU de 2001, y otro en la inexistencia del programa de implantación que prevé el art. 4.1 de la Ordenanza que contemple el conjunto de toda la red dentro del término municipal, a presentar por cada operador con justificación de la solución propuesta con criterios técnicos de cobertura geográfica, a lo que suma la necesidad de obtener licencia de actividad clasificada. El primero de los motivos ya ha sido examinado en el fundamento anterior, y deberá darse por reproducido, al tratarse de una justificación suficiente para la denegación acordada.

Respecto del segundo de los motivos, no puede dejar de reseñarse en este punto que la conformidad a derecho de la necesidad de un previo programa de implantación ha sido estudiada en un supuesto extremadamente análogo al presente, la aprobación de una Ordenanza sobre la instalación de antenas por el Ayuntamiento de Barcelona, por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de junio de 2001 (ED 2001/31.729), en la que ente otras cosas se señala, que la Administración Local es competente para la aprobación de este tipo de normativa que no contradice otras competencias estatales. Que el Ayuntamiento con este tipo de Ordenanza ejerce sus competencias urbanísticas. Que la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil (aquí programa de actuación) se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales urbanísticos y de medio. Medida en absoluto desproporcionada. Que el hecho de que el otorgamiento de las licencias de la instalación de las antenas exteriores esté vinculada (como aquí ocurre) a la previa aprobación del Plan técnico constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia. También desecha el Tribunal Supremo que con este tipo de regulación se establezca un régimen discrecional, que conlleve inseguridad jurídica. Por último y contestando igualmente a las alegaciones efectuadas en el presente recurso entiende el Tribunal Supremo que no se vulnera el principio de irretroactividad de los Reglamentos ilegales, al establecer este tipo de regulación. Alude a que aunque resultan ineficaces, con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales (Sentencia del Tribunal Supremo 26 de febrero de 1999), de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que arranca de la sentencia 6/1983, de 4 de febrero y se recoge en la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1994, 22 de junio de 1994, 5 de febrero de 1996 y 15 de abril de 1997), ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo —cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no—, una retroactividad de grado medio —cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados— y una retro-

actividad de grado mínimo —cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior—. Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (Sentencias del Tribunal Constitucional 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997 entre otras y sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997 y 17 de mayo de 1999, entre otras muchas) . Como se ve en este caso la retroactividad sería de grado mínimo, pues evidentemente no afecta a las licencias ya concedidas, que no es el caso.

De todo lo razonado se deduce que la resolución se ajusta a derecho, al haber respetado el PGOU, que exige cumplimiento de la Ordenanza específica, la cual a la vez exige que se apruebe el programa de implantación, que en ningún caso se ha aportado.

De manera que procede la desestimación del recurso por entender que la resolución impugnada se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico.

SEXTO.— No se aprecian motivos que justifiquen la imposición de costas procesales a ninguna de las partes por no observarse temeridad o mala fe en sus respectivas posturas en los términos del art. 139 de la LJCA.

Vistos lo preceptos legales citados los demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

PRIMERO.— Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por A.M., S.A. contra la resolución de 19/12/2001 de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza que desestimaba la solicitud de licencia para instalar una Estación Base de Telefonía móvil en Zaragoza, calle Reina Fabiola por estar la resolución ajustada la ordenamiento jurídico.

SEGUNDO.— No imponer las costas a ninguna de las partes.

Así por esta mi sentencia contra la que puede interponerse recurso de apelación dentro de los quince días siguientes a su notificación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón lo pronuncio, mando y firmo.