
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 293/2001-A
Sentencia nº 139 (03-09-2002)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE ACTIVIDAD Y DE OBRAS. INSTALACIÓN DE ESTACIÓN BASE DE TELEFONÍA MÓVIL. DENEGACIÓN.

Competencias interadministrativas: concesión, colisión de deberes, interés público.

Aspectos metajurídicos: inocuidad y salud, perjuicios.

Normativa aplicable: Plan General vigente 1986-2001 y Ordenanza municipal.

Silencio negativo. Doctrina.

Incumplimiento requisito: altura máxima (Normas Urbanísticas) y Programa de implantación (Ordenación). Doctrina.

Potestad reglamentaria: alcance.

Actividad clasificada: necesidad de licencia.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En Zaragoza, a tres de septiembre de dos mil dos.

El Sr. D. Javier Albar García Magistrado-Juez de Contencioso/Administrativo nº 2 de Zaragoza y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Procedimiento Ordinario 293/2001-A seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente R. M., S.A., representada por el Procurador Sr. A. L. y defendido por el Letrado Sr. C. y de otra AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representada por el Procurador Sr. P. A. y defendido por el Letrado Sr. N. C. sobre Desestimación de Solicitud de Licencia, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.– Que mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 2001 se interpuso por R. M., S.A. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

Resolución que desestima la solicitud de licencia formulada por R. M., S.A., para instalar una estación base de telefonía móvil en la calle Fray Luis Urbano, ...

Acordándose incoar procedimiento ordinario, el cual debería sustanciarse conforme a lo dispuesto en el art. 45 y ss. de la LJCA, y reclamándose el oportuno expediente administrativo.

SEGUNDO.– Que tras recibirse el expediente reclamado, se dio traslado del mismo a la recurrente para que en el plazo de veinte días formalizase la

oportuna demanda, habiéndolo hecho mediante el escrito que consta unido, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos.

Una vez formalizada la demanda, se dio traslado a la Administración demandada, con entrega del expediente administrativo, para que contestara a la misma en el plazo de veinte días, habiéndolo hecho conforme consta en autos.

TERCERO.– Que mediante auto de fecha 22 de Marzo de 2002 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada.

Recibido el procedimiento a prueba, por la parte actora se propuso la de documental, practicada la declarada pertinente, dentro del término legal, conforme consta en autos.

Una vez finado el periodo probatorio, se acordó el trámite de conclusiones, constando unidos los escritos presentados por ambas partes y quedando los autos para dictar sentencia.

CUARTO.– Que en la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.– Se recurre la resolución de 31-10-2001 de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza que denegó la licencia de obra para la instalación de una estación-base de telefonía móvil en la calle Fray Luis Urbano, de Zaragoza.

Se vierten numerosísimas alegaciones, muchas de ellas repeticiones o enfoques diferentes de una misma cuestión. Así, serían la necesidad técnica de implantar las estaciones-base; la vulneración de la confianza legítima con impedimento del desenvolvimiento de la concesión; la invasión de la competencia del Estado; la manifiesta inactividad administrativa, junto con la aplicación retroactiva de la Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicación por Transmisión-recepción de Ondas Radioeléctricas de 30-5-2001 (BOP 21-6-2001); vulneración del procedimiento establecido al haberse obtenido la licencia por silencio positivo al no haber contradicción con el planeamiento; irretroactividad de la Ordenanza Municipal; violación de los principios generales y falta de proporcionalidad; inocuidad de la tecnología empleada, irrevocabilidad de los actos administrativos y daños y perjuicios económicos.

En realidad, y de forma resumida, se pueden reducir tal conjunto de alegaciones a la de haberse obtenido la Licencia por silencio positivo, en la cual se incluirían todas las alegaciones sobre las normas aplicables, sobre la irrevocabilidad, sobre la irretroactividad, etc. la de que no se permite el cumplimiento de la concesión y se causa perjuicio al interés público; la de la inocuidad de las instalaciones y la de los perjuicios causados.

SEGUNDO.– Empezando por las últimas, y dejando para el final la cuestión principal, la de si se ha obtenido ya la licencia o de si debería de haberse concedido expresamente, diremos que la posibilidad de cumplir o no con la concesión hecha por el Estado es algo ajeno al Ayuntamiento, ya que el mismo

debe de velar por el cumplimiento de sus obligaciones y por la protección de los intereses generales de los ciudadanos, sin que pueda abdicar de los mismos por el hecho de que pueda perjudicar a un particular o entorpecer actuaciones de otras administraciones, y si se produce una colisión de deberes de las administraciones se deben de resolver conforme al ordenamiento jurídico, por lo que, en definitiva, si normativamente se debió de conceder la licencia, el fundamento del recurso sería ese, y no el perjuicio a la actuación o al cumplimiento por el Estado de sus fines y si, por el contrario, la concesión de la misma no era posible con arreglo a la norma que el Ayuntamiento debe de cumplir en el ejercicio de su competencia constitucional y legal, no puede ello contrariarse con el perjuicio que pueda suponer al cumplimiento de una concesión estatal, y en su caso debería de pedirse la revisión de la concesión por el estado si hay imponderables que impiden su exacto cumplimiento.

En cuanto al interés público, es algo evidente y resulta sorprendente que a estas alturas haya que recordarlo, que la utilidad social o el interés público o los intereses generales en ningún caso permiten saltarse los procedimientos o eludir las normas de obligatorio cumplimiento y al igual que no puede una concesionaria de autopista, con base en tal interés, realizar las obras antes de haberse seguido el procedimiento correspondiente de expropiación y de haberse justificado la idoneidad del trazado, no pueden las concesionarias de telefonía móvil colocar sus instalaciones donde les convenga sin tener en cuenta que con ello pueden infringir determinadas normas o conculcar determinados derechos, estando obligadas como las que más a seguir la legalidad.

TERCERO.— Con relación a la inocuidad de las instalaciones, debe rechazarse por inoperante en cuanto en ningún momento se ha fundamentado la denegación en el perjuicio a la salud, aunque se haya hecho alguna referencia a esa posible nocividad en la contestación, atendidas las alarmantes noticias que en los últimos años se han ido presentando al respecto. En todo caso, y de tenerse que aplicar la normativa municipal sobre la implantación, y en caso de que con base en tal nocividad se fundamente una negativa es cuando se podría cuestionar tanto la posibilidad del Ayuntamiento de regular al respecto como si tal regulación responde o no a los reales efectos, científicamente constatados, de las emisiones de ondas electromagnéticas.

CUARTO.— Con relación a los perjuicios que puedan causarse, eso en ningún caso puede fundamentar que se dicte una resolución favorable a quien, en caso contrario, podría sufrírselos, ya que el no perjudicar a una empresa, o incluso a un particular, nunca puede ser el motivo para conceder una licencia. En todo caso, lo que se podrá plantear y justificar es la reclamación de perjuicios si se considera nula la resolución recurrida y se ha causado por la misma algún daño a la recurrente que ésta no tuviese obligación de soportar, pero, debe insistirse, esos perjuicios y su reclamación serían el efecto consecuente de una resolución nula y de una sentencia estimatoria, más en ningún caso su evitación puede determinar el sentido de una resolución administrativa sobre una licencia.

QUINTO.– Despejadas todas las cuestiones anteriores, que tienen además un carácter más bien metajurídico, debemos de entrar en el meollo de la cuestión, que es determinar si se había obtenido o si debería de haberse concedido la licencia.

Como primer punto, conviene ubicar fácticamente la solicitud a fin de determinar la normativa aplicable, siendo a su vez relevante la interrelación que se produzca entre normativa adjetiva y sustantiva, como ahora se verá, por el juego del silencio positivo.

Así, la licencia se solicitó el 30-10-98, el 16-6-2001 se publicaría en el BOA la aprobación definitiva del PGOU y el 21-6-2001 se publicó la Ordenanza mencionada, habiendo sido resuelta la solicitud de manera negativa el 26-10-2001.

La solicitud el 30-10-98 supone que la normativa legal adjetiva aplicable sea la ley 30/1992 según redacción originaria, en lugar de la dada por la ley 4/1999, de 13 de enero, publicada en el BOE el 14 de enero y que, según su disposición final única entró en vigor a los tres meses de dicha publicación, esto es el 14 de abril de 1999, con posterioridad a la solicitud de licencia, ya que, según la DT 2º de dicha ley 4/1999, la norma aplicable a los procedimientos iniciados anteriormente es la ley anterior.

La ley sustantiva aplicable era, por otro lado, el art. 242.1 del RDL 1/1992 de la ley del Suelo, ya que la ley 5/1999 Urbanística de Aragón, de 25-3 que fue publicada en el BOA el 6-4-1999 y que entró en vigor al día siguiente de su publicación, el 7 de abril, por tanto con posterioridad a la solicitud de licencia, por lo que, al no tener ninguna previsión al respecto en la LUA debe entenderse que la norma aplicable es el citado RDL 1/1992 en su parte subsistente tras la STC 61/1997 de 20-3, el TR de 1976 y sus reglamentos. El R. de Disciplina Urbanística en su art. 3 hace referencia a que se debe de aplicar la ley del suelo, los reglamentos y los Planes, pero no dice cuál de ellos en caso de que se produzca una innovación, por lo que se debe de acudir a la jurisprudencia.

En este caso se suscita la duda de si se debe de aplicar el PGOU de 2001, vigente en el momento de resolverse la solicitud, o el de 1986, vigente en el momento en que se solicitó la licencia y en el momento en que se debiera haber resuelto. Debe partirse del hecho de que el retraso en la resolución no tiene por qué perjudicar al particular, pues ello, además de injusto, haría que quedase en manos de la administración la concesión o denegación de licencias, rompiendo con su carácter reglado, pues sólo tendría que esperar a que cambiase la norma para, si quería, poder denegarla. En este caso, además, debe de tenerse en cuenta que se está alegando haber obtenido el silencio positivo, con lo cual el 43.4.a de la ley 30/1992 impediría dictar una resolución contraria al sentido del silencio, el cual lógicamente se regularía por la normativa vigente en el momento de producirse dicho silencio. De ahí que la jurisprudencia del TS. 6-2-98, 29-4-97, 19-11-97 viniese considerando que la normativa aplicable era 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

plazo máximo para resolver, en cuyo caso se aplicaría la normativa vigente al vencer tal plazo, ya que no se puede castigar al solicitante por la tardanza de la administración en resolver. Por ello, con base en la jurisprudencia, ya que no en la LUA, que no había entrado en vigor debe de aplicarse tal criterio en cuanto lo que se debe de entender por el «momento de la concesión» —que no es, debe insistirse, el momento de resolverse la solicitud sino el momento límite en que se debería de haber resuelto— siendo un criterio que respeta a su vez la seguridad jurídica y la justicia. En el caso del silencio positivo se hace necesaria, a su vez, otra precisión, cual es la de que, tratándose del silencio positivo se debe de haber obtenido, si se da el caso, la certificación del acto presunto y el transcurso del plazo de veinte días, si se aplica la ley 30/1992 en su redacción originaria, no siendo ello preciso, al ser automático, tras la ley 4/1999, que es nuestro caso.

SEXTO.— Sentado lo anterior, se debe de comprobar si se produjeron los requisitos para el silencio positivo y si, en ese caso, se habría obtenido la licencia por respetarse el art. 242.6 del RDL 1/1992, que dice que en ningún caso se entenderán obtenidas licencias por silencio administrativo en contra de la legislación o el planeamiento.

Por tanto, deben hacerse dos operaciones jurídicas. La primera es ver si se produjo el silencio positivo a los tres meses de la solicitud de licencia, esto es el 5 de julio de 1999, bajo el PGOU de 1986, vigente en el momento de producirse el plazo del silencio. En caso de cumplirse todos los requisitos, no sería necesario seguir adelante, y habría que anular la resolución municipal contraria a tal silencio positivo. En caso, por el contrario, de que el silencio fuese contrario al PGOU de 1986, y aun cuando en ese caso estrictamente debería de aplicarse dicha normativa, se produce una situación un tanto especial, ya que la jurisprudencia del TS está pensada para los casos en que el silencio positivo cabe conforme a la vieja normativa y no conforme a la nueva, a fin de salvaguardar derechos adquiridos y castigar la indolencia administrativa, cuyos efectos negativos no pueden recaer sobre el particular mientras que en nuestro caso, de no ser posible el silencio positivo conforme a la anterior la normativa, PGOU de 1986, y en virtud del principio de norma más favorable habría que examinar si conforme a la misma, el PGOU de 2001, sería posible la concesión.

SÉPTIMO.— En cuanto a si, con arreglo al PGOU de 1986 se podría haber obtenido la licencia por silencio positivo, ya se ha respondido a tal cuestión en los PO 274/2001, 288/2001 y 289/2001. En tales supuestos se trataba de determinar respecto de unas sanciones por obrar sin licencia respecto de antenas de telefonía móvil, si se podía o no legalizar la obra, elemento determinante de la mayor o menor gravedad de la infracción, y se hacía por referencia al PGOU de 1986, vigente en el momento de cometerse la infracción. En los mismos se decía: «CUARTO.— A este respecto, la recurrente se apoya en la norma 3.1.13, que dice que no se consideran incluidos en la altura máxima los elementos funcionales propios de las instalaciones de un edificio como depó-

sitos de agua, refrigeradores, paneles solares, etc., con un máximo de 3 m. y sin que excedan de un plano inclinado de 45° trazado por el borde del alero. Pues bien, por muy flexible que se pueda ser en la interpretación de tales normas no puede admitirse la interpretación según la cual se incluirían las estaciones de telefonía móvil, que incluyen una antena, ya que las mismas tienen por objeto servir al público en general, como se reconoce en el punto 2 del proyecto, con independencia de que alguno de los vecinos pueda beneficiarse de la misma, si tiene contratado un teléfono móvil con la compañía recurrente, ya que esto último será circunstancial y no en la medida en que sea vecino sino en la medida en que esté en las inmediaciones de la antena. Es decir, no sólo no entra en el mencionado concepto, sino que el examen de 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 del punto 5 del proyecto, donde se dice que el mástil es de 6 metros, y en el 3.1.13.1 no se distingue según se trate de espacios cerrados o casetas —como parece pretender la recurrente ya incluso en dicho proyecto, punto 2, en el que se dice que no supera los tres metros— o se trate de antenas o mástiles de otro tipo, haciéndose referencia precisamente a paneles solares, que tienen cierto parecido, al no ser espacios cerrados, con las antenas.» En consecuencia, no se cumplían los requisitos de ajuste a la normativa vigente para poder obtener la licencia por silencio positivo.

Por otro lado, el silencio positivo en la ley 30/1992 según redacción originaria exigía la certificación de actos presuntos, art. 44.2, por lo que en ningún caso se pudo adquirir el derecho sin pedir y obtener dicha certificación o transcurrir el plazo de veinte días sin que se dictase resolución expresa, lo cual es a su vez otro motivo para entender aplicable la norma más favorable, ya que al renunciar la parte a la solicitud de dicho certificado, y en virtud de la jurisprudencia anterior, tácitamente está aceptando la aplicación de la nueva norma, sea cual sea, al decidir esperar a la resolución expresa.

Por tanto, no se obtuvo por silencio positivo, lo que obliga a entrar, como se ha dicho, en la siguiente cuestión, esto es, si la resolución expresa se ajusta o no a la normativa actual, el PGOU de 2001, lo que obliga a su vez al examen de múltiples cuestiones.

OCTAVO.— La norma aplicable es el punto 2.2.22 del PGOU de 2001 que regula las construcciones que se admiten por encima de la altura máxima. En su punto 3 se dice « 3.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». Bajo tal cobertura pretende la recurrente que se ampare la licencia. Sin embargo, para ello se debe de analizar el contenido de tal precepto y la incidencia, en su caso, de la Ordenanza mencionada.

Así, lo que se establece en principio es la prohibición de que haya estructuras que superen la altura máxima de los edificios, y en el precepto mencionado se regulan las condiciones en que se pueden exceder dichas alturas. En el punto 3 se recoge claramente nuestro supuesto, las antenas o repetidores de comunicaciones ajenos a la función del edificio, quedando claro que, como se ha dicho en el punto anterior para el PGOU de 1986, las antenas de telefonía móvil no se incluyen entre las estructuras funcionales propias del edificio. Pues bien, para que una antena de telefonía móvil pueda superar la altura mencionada es preciso, por un lado, que se trate de casos puntuales debidamente justificados, y por otro que se haga conforme a las ordenanzas, normas de ornato público y normas sectoriales de aplicación. Es decir, la aprobación de tales excesos de altura deben de ser objeto de un examen caso por caso, y cumpliendo con las normas existentes, pudiendo, eso sí, aunque no se diga, sustituirse ese examen puntual sobre un caso debidamente razonado por los criterios que genéricamente pueda establecer alguna norma concreta. De lo anterior se deduce una conclusión clara, y es que, con independencia de que sea o no aplicable la Ordenanza de 21-6-2001 a nuestro caso, en ningún caso se podría obtener esta autorización por silencio, ya que al tratarse de una excepción debía de haber sido objeto de una aprobación expresa y razonada. Es decir, con anterioridad a la promulgación de dicha ordenanza no se podía haber obtenido, con base en el nuevo PGOU en la práctica fue un plazo mínimo ya que el mismo fue publicado el 16-6-2001 y la Ordenanza citada el 21 de junio.

Por tanto, y resumiendo, antes de la entrada del nuevo PGOU no había ninguna norma que amparase la obtención de la licencia por silencio positivo, al contradecir flagrantemente la legalidad. Después, en el breve intervalo entre la vigencia del nuevo PGOU y la Ordenanza, no se podía tampoco obtener por silencio en cuanto al regularse una excepción se condicionaba a la aprobación en casos puntuales y razonadamente y al cumplimiento de la normativa, por lo que, no estando vigente la normativa específica, en todo caso era necesaria la aprobación expresa. Por último, tras la aprobación de la Ordenanza, tampoco sería posible la obtención por silencio positivo a menos que se solicitase licencia concreta para alguna antena tras haberse aprobado el programa a que se refiere el art. 4.1 de la Ordenanza.

Por todo lo anterior, la conclusión clara es que era preciso, al dictarse la resolución recurrida, que hubiese una resolución expresa, debiendo de examinarse a continuación si la misma se ajustó o no a la legalidad.

NOVENO.— La causa de denegación es la inexistencia, como exige el art. 4.1 de la Ordenanza, de un programa de implantación que contemple el conjunto de toda la red dentro del término municipal, que debe presentar cada operador, con justificación de la solución propuesta con criterios técnicos de

cobertura geográfica, además de exigirse en dicha resolución la licencia de actividad clasificada. Se trata de examinar, por tanto, si la Ordenanza es o no ajustada a derecho.

La recurrente alega que invade las competencias del Estado, pero ello debe rechazarse en términos genéricos, ya que la misma tiene el loable fin de ordenar urbanísticamente la implantación de estas estructuras, que a la vez que sirven a un fin público implican servidumbres estéticas, limitaciones para otro tipo de instalaciones y tal vez efectos nocivos, además de superar normalmente, por la naturaleza de su finalidad, que exige que estén situadas en lo alto, las alturas máximas permitidas de los edificios. No se puede negar con un mínimo fundamento la finalidad urbanística de la Ordenanza, al margen de que se hayan podido incluir algunos preceptos que tal vez excedan de las atribuciones competenciales del Ayuntamiento, cosa de la que la propia Ordenanza, nacida en la urgencia de regular la cuestión de alguna manera por la alarma social que un conocido caso de Valladolid había suscitado, era consciente en el art. 1, al hacer una innecesaria referencia a que la Ordenanza quedaba supeditada al cumplimiento de la legislación vigente en cada momento, incluso en el caso de establecerse nueva normativa, con lo cual aunque recordaba innecesariamente los principios de jerarquía de las normas y de la derogación de una norma por otra posterior en el fondo venía con ello a justificar su nacimiento y a manifestar sus humildes y limitados alcances. De hecho, se adelantó a la normativa estatal, el RD 1066/1991 de 28-9, el cual deja sin efecto toda norma que, fuera del ámbito estrictamente competencial del Ayuntamiento, lo contradiga. Frente a la argumentación de que el Ayuntamiento no puede establecer regulación, debe argumentarse, como lo hace el Ayuntamiento, con las STC 4/1981, 214/1989, 233/1999, que reconocen la potestad reglamentaria en los ámbitos de interés local, y en este caso se rompe la exigencia de que el reglamento sea desarrollo de la ley para ser válido, ya que lo determinante en este caso es que se emita dentro de su propia competencia, que sería la urbanística y que no la contradiga. Por ello, la habilitación para ello no viene de tal o cual ley, sectorialmente considerada, sino de los art. 4.1.a y 21.1 c) y d) de la ley de Bases de Régimen Local, reconociendo el primero de ellos la potestad reglamentaria dentro de la esfera de sus competencias, en este caso el Planeamiento, según el 21.1.c.

En cuanto a la impugnación de concretos preceptos de la ordenanza, realmente sólo se han cuestionado los 4.3.a), 4.3.e) y 5.2, para lo cual ha solicitado el auxilio interpretativo del Ministerio de Ciencia y Tecnología. Al margen de que en ninguno de ellos se fundamenta la resolución recurrida, por lo que resulta inocuo todo razonamiento al respecto, ya que en su caso afectarán al contenido del programa de implantación, una vez el mismo se presente y deba de aprobarse, la realidad es que el 4.3.a) nada concreto dice que pueda invadir las competencias, como ha reconocido el informe del citado Ministerio, al prohibir la instalación cuando pueda perjudicar a la salud —lo esencial será en su momento determinar cuándo se puede considerar que afecta a la salud— correspondiendo al Ayuntamiento la protección de la cuestión medio ambiental y de respeto al entorno.

En cuanto al 4.3.e) y 5.2, si que podrían incidir, aunque no nos pronunciamos al respecto, en las competencias del Estado, pero eso se verá en su momento, en caso de que se presente el programa de actuación, se rechace y se recurra, debiendo de recordarse que la propia Ordenanza ya hacía referencia a la posible afectación por normativa posterior y no habiendo hecho el ayuntamiento cuestión de esto.

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 2001/31729) —reseñada en la contestación a la demanda—, en la que entre 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 retroactividad 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.

En consecuencia, la resolución es ajustada a derecho, al haber respetado el PGOU, que exige el 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.

DÉCIMO.— Aun cuando no se ha hecho referencia expresa a la necesidad de que se tramite la licencia de actividad clasificada, respecto de la cual la propia resolución dice en «su caso», es obligado hacer pronunciamiento sobre ella. Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que lo que justificaría la exigencia de dicha licencia de actividad no es tanto el RAMINP, o al menos no de forma directa, y que podría entenderse derogado por el R.D. 1066/2001 como el art. 167 LUA, con rango de ley y no derogable por el citado R.D., además de regular en principio materia autonómica, el cual, eso sí, se remite a la normativa reguladora de las actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, por lo que se trata de dirimir si el R.D. 1066/2001 de 28-9, que desarrolla la ley 11/1998 de 24 de abril General de Telecomunicaciones permitiría tener por cumplida la exigencia de licencia de actividad por el cumplimiento de la normativa especial de las Telecomunicaciones, sustituyendo a aquella. Para resolver la cuestión se debe determinar básicamente el objeto de la normativa contenida en el R.D. y el objeto de la licencia basada en el RAMINP, y en caso de que coincidan podría entenderse innecesaria, por quedar subsumida en la licencia o autorización basada en la normativa específica del Sector.

Al respecto, el art. 1 del Reglamento que aprueba el R.D. y que establece las Condiciones de Protección del Dominio Público Radio Eléctrico, Restricciones a las Emisiones Radio Eléctricas y Medidas de Protección Sanitaria, y cuyo título ya es suficientemente significativo, es el establecer las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, la autorización o planificación e inspección de instalaciones radioeléctricas en relación con los límites de exposición a emisiones, el establecimiento de otras restricciones, evaluación de equipos y aparatos y el establecimiento del régimen sancionador, habiendo sido completado con la Orden de 11-1-2002 que regula la presentación de estudios y certificados por los operadores. El examen del articulado del RD pone de relieve que se establece una regulación completa de las condiciones en que se pueden establecer dichas instalaciones, destinada a garantizar una mínima o nula incidencia en la salud de las personas, así, art. 6, 7, 10, etc, regulándose también la condición de los aparatos y equipos, concretándose todo ello en los anexos. De todo ello debe concluirse que el RD 1066/2001 y sus normas complementarias están destinados a evitar efectos nocivos, insalubres, molestos y peligrosos de dichas instalaciones a quienes estén en sus proximidades. Por otro lado, el RAMINP tiene por objeto, art. 2, garantizar la salu-

bridad, seguridad, comodidad e higiene de personas y bienes, lo que, cuando se trata de las licencias municipales se centra en la protección concreta de quienes, por estar en las inmediaciones o en el campo de actuación de la instalación, puedan verse afectados por la misma. Del contraste entre ambas normativas, a parte de la mejor y más completa regulación de la primera, se constata que tienen el mismo objeto, con lo cual hay que concluir que el RD suple con ventaja a aquél, y de hecho lo suplantaría, pese a lo establecido en el art. 167 de la ley Urbanística de Aragón, la cual si bien es posterior a la ley de Telecomunicaciones de 1998 tiene un carácter general, por lo que debe predominar la normativa específica, que es la de dicha ley y de sus reglamentos de desarrollo, tanto en virtud de dicha especialidad como el de reserva competencial, siendo por ello innecesaria la licencia de actividad clasificada, al quedar subsumida su finalidad en los controles establecidos por el Estado a las operadoras de teléfonos móviles, en virtud del desarrollo de la competencia otorgada al Estado, que hace innecesaria y reiterativa una norma que en el mejor de los casos sólo podría reproducir lo establecido según el RD 1066/2001 y en el peor establecer una regulación contraria, afectando a la reserva competencial, todo ello a diferencia de lo que se consideró en el PO 268/2001, relativo a la licencia de actividad respecto de una instalación gasística, en la cual no había un control similar sobre la nocividad y peligrosidad respecto de los vecinos del municipio, lo que hacía exigible la licencia de actividad, que tenía un objeto diferente del de la autorización otorgada conforme a la ley 34/1998.

No es obstáculo a la anterior conclusión lo dicho por el TSJA en sentencia de 25-3-2002, Sección Primera, rec. 49/2001, ya que se refiere a la norma aplicable antes del RD 1066/2001, mientras que este pronunciamiento tiene un carácter de futuro en cuanto la nueva petición de licencia una vez presentado el programa global ya se hará bajo la vigencia del mismo

UNDÉCIMO.– Dicho lo anterior, cabe rechazar todas las alegaciones que se hacen sobre la tardanza en resolver y el incumplimiento del Ayuntamiento, en primer lugar porque hay una forma de reaccionar que es la impugnación del silencio, que ya se ha visto que no podía ser positivo, en segundo lugar porque tampoco resultaba gratuita, al estar pendiente de la aprobación del PGOU, y en tercer lugar porque en su caso debería de ser objeto de una reclamación de responsabilidad patrimonial, donde la recurrente se encontraría el problema de justificar el por qué, ante la falta de resolución, no acudió a la vía judicial en lugar de actuar por la vía de hecho.

En consecuencia de todo lo anterior, procede desestimar el recurso, confirmando la resolución, excepto en lo relativo a la necesidad de licencia de actividad clasificada, que se recoge en el informe jurídico asumido por la resolución como fundamento de la denegación.

DUODÉCIMO.– No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, al no haberse apreciado temeridad o mala fe, conforme al art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Que debo desestimar y desestimo en su totalidad el recurso interpuesto por R. M., S.A. contra la resolución de 31-10-2001 de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza que denegó la licencia de obra para la instalación de una estación-base de telefonía móvil en la calle Fray Luis Urbano de Zaragoza, excepto en lo relativo a la necesidad de tramitar la licencia de actividad clasificada, cuya referencia debe tenerse por no puesta en el fundamento primero del informe que constituye a su vez el fundamento primero de la resolución y que la misma asume en su integridad, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación. Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Se mantiene la misma doctrina jurisprudencial en las siguientes sentencias:

Procedimiento ordinario nº

Sentencia nº

285/2001	148 (12-09-2002) y su apelación nº 133/2002 (28-06-04).
297/2001	150 (16-09-2002) y su apelación nº 127/2002 (24-06-04).
3/2002-A	154 (18-09-2002) y su apelación nº 113/2002 (31-05-04).
49/2002	156 (19-09-2002) y su apelación nº 115/2002 (28-06-04).
2/2002-BM	157 (19-09-2002) y su apelación nº 120/2002 (31-05-04).
73/2002	169 (4-10-2002) y su apelación nº 135/2002 (17-06-24).
30/2002	170 (4-10-2002) y su apelación nº 136/2002 (7-06-04).
75/2002	171 (4-10-2002) y su apelación nº 134/2002 (9-06-04).
51/2002	180 (15-10-2002) y su apelación nº 152/2002 (23-06-04).
50/2002	196 (31-10-2002) y su apelación nº 9/2003 (29-06-04).
38/2002-BC	211 (22-11-2002) y su apelación nº 17/2003 (8-06-04).
52/2002-BC	234 (18-12-2002).