
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 3 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 184/2003-A1
Sentencia nº 156 (13-06-2003)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA URBANÍSTICA. DESESTIMACIÓN. ESTACIÓN BASE DE TELEFONÍA MÓVIL.
Suelo no urbanizable especial de protección de Huerta Honda.
Aplicación de Normas Urbanísticas del Plan General y Ordenanza Municipal de Transmisión-Recepción de ondas radioeléctricas.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José Alfonso Tello Abadía

En la ciudad de Zaragoza, a trece de junio 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 184/02, seguidos a instancia de T.M.E., S.A., representada por la Procuradora Sra. D.R.A. y defendida por la Letrada Sra. B.V., contra la resolución de 12/04/2002 de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de la misma Comisión de Gobierno de fecha 30/11/2001 por el que se desestimaba la solicitud de licencia para instalar una Estación Base de Telefonía Móvil en Zaragoza, polígono 196, parcela, Soto de Doña Ana. Con defensa del Ayuntamiento por el Letrado Sr. N.C. y representación por el Procurador Sr. P.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.– Con fecha 18/06/02 fue turnada a este Juzgado procedente del Juzgado Decano de los de esta Ciudad demanda interpuesta por la Procuradora Sra. D.R.A. en nombre y representación de la mercantil demandante, contra la resolución señalada más arriba. Mediante proveído de fecha 19 de junio de se tuvo por interpuesto el recurso y se reclamó el expediente administrativo a la Administración. Tras su recepción se dio traslado a la actora para deducir la demanda, presentándose con fecha 2/12/02 y en la que se suplicaba se declarase la nulidad del acuerdo municipal impugnado.

Mediante proveído de fecha 3/12/02 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 11/12/02. 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 10/02/03.

Con fecha 20/03/2003 se acordó diligencia para mejor proveer, que una vez constó practicada se dio traslado a las partes para que manifestasen lo oportuno

sobre su alcance y trascendencia, quedando las actuaciones nuevamente para sentencia en fecha 6/05/2003.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.– Debe reseñarse en primer lugar la curiosa situación que se ha padecido en el presente recurso, en el que todos los intervinientes han tenido una respuesta alejada y de espaldas a la realidad. Pues la licencia la interesó la parte actora para ubicar la instalación en el Polígono 196, parcela del Soto de Doña Ana, siendo evidente a tenor del plano de ubicación que no se trataba de una instalación sobre un edificio, e incluso ya era dudoso que estuviera ubicada en suelo urbano. El Ayuntamiento desestima la solicitud en fecha 30/11/2001, sobre dos argumentos, uno primero aplicando el art. 2.2.22.3 del PGOU de 2001, relativo a estructuras superpuestas a los edificios, siendo que no se trataba de una instalación de dichas características y el segundo por aplicación de la Ordenanza de 30/05/2001 sobre instalaciones de telecomunicación. Nada se decía sobre las peculiaridades de la calificación urbanística del suelo sobre el que se iba a montar la instalación. La actora en su demanda se limita rebatir los argumentos de la resolución administrativa, pero nada dice sobre la calificación urbanística del suelo, ni tampoco sobre la trascendencia que tendrá en la tramitación del expediente, incluso en el súplico de la demanda se refiere a una instalación en la calle Coso. La defensa de la Administración, no mejora la situación existente. Es con la diligencia para mejor proveer acordada cuando queda acreditado que el suelo sobre el que iba la instalación es: Suelo No Urbanizable Especial de Protección de la Huerta Honda. Detalle que no carece de importancia a la hora de resolver la cuestión planteada.

Debe comenzarse diciendo que el hecho que exista 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, se trata de una cuestión ajena al Ayuntamiento de Zaragoza, que deberá velar en todo caso 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 dadas las características de las instalaciones, ello 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 de Telecomunicaciones, permite incumplir procedimientos o jus-

tificar 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 pretenden desarrollar, estando obligadas a ejercer su concesión de conformidad a la legalidad.

SEGUNDO.— Respecto de la calificación urbanística del suelo como No Urbanizable Especial de Protección de Huerta Honda, no se discute por la parte dicha calificación, es más se reconoce expresamente por la actora dicha condición al serle dado traslado de la diligencia para mejor proveer, es entonces cuando la parte dice que debió procederse por el Ayuntamiento a dar a la solicitud el trámite previsto en el art. 25 de la Ley 5/1999, Urbanística de Aragón, o en otro caso a lo dispuesto en los arts. 44 y ss. del Reglamento de Gestión Urbanística.

El PGOU de 1986 preveía una serie de usos permitidos en Suelo No Urbanizable Genérico, en lo que aquí nos interesa permitía usos vinculados a la ejecución, mantenimiento, entretenimiento y servicio de las obras públicas y de otro lado usos de utilidad pública o interés social que deben emplazarse en medio rural. Estos últimos se regulaban en el art. 6.1.10 en cuanto a su enumeración y el art. 6.1.11 en cuanto a las condiciones de dichos usos, estableciéndose una remisión en cuanto al procedimiento a lo que disponía el art. 44 del Reglamento de Gestión, referencia que debe entenderse hecha a los arts. 24 y 25 de la Ley Urbanística de Aragón, previendo este tipo de instalaciones en el art. 24.a) y las normas adjetivas para su autorización en el art. 25, que prevé una serie de trámites que no consta se hayan cumplido. En el PGOU de 2001 se contempla en su art. 6.1.12.3.c) como un uso vinculado a actuaciones específicas de interés público los centros emisores y de comunicaciones, entre los que sin duda, podría incluirse la instalación pretendida por la actora, ahora bien, el precepto comienza diciendo: «A través del procedimiento de autorización especial establecido por la Ley 5/1999, Urbanística de Aragón, podrán permitirse actuaciones específicas de interés público que no sean incompatibles con los valores protegidos en esta clase de suelo ni tengan mejor cabida fuera del medio rural». Se trata pues de una regulación similar a la existente en el Plan de 1986.

De las manifestaciones de la parte sobre la diligencia para mejor proveer se deriva que correspondería al Ayuntamiento impulsar de oficio dicho procedimiento especial, sin embargo la sola lectura de lo dispuesto en el art. 25.a) de la Ley 5/1999, lleva a la conclusión contraria, pues la tramitación es a «solicitud del interesado ante el Ayuntamiento», solicitud a la que debe acompañarse una determinada documentación, y no es que no se acompañe la documentación, que sería un defecto subsanable, es que no se formuló la solicitud. Por otro lado, aun admitiendo que se hubiese efectuado la solicitud, que no se ha hecho, tampoco consta que se haya dado cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo 2 del mismo artículo, que prevé una actividad a desarrollar por el interesado ante la inactividad municipal, que no consta ha llevado a cabo. Por otro lado añadir que el art. 44 del Reglamento de Gestión Urbanística, también preveía que la tramitación era a solicitud del interesado. De manera que no habiendo solicitado en su día ante la Administración la tramitación del procedimiento de autorización referido, no existe una inde-

bida tramitación por parte del Ayuntamiento. Pues una vez constatada la calificación urbanística del suelo y las limitaciones de uso, correspondía al solicitante el impulso del procedimiento.

Por otra parte y aunque no lo ha solicitado así la parte en este recurso sí que lo ha planteado en otros de similares características al presente, la retroacción tampoco será de acoger desde el momento en que la parte no ha solicitado ante la propia Administración la tramitación del procedimiento de autorización tal y como resulta del propio expediente administrativo. De manera que al no haber solicitado la parte la Declaración de Utilidad Pública o Interés Social, no podía obtener la licencia pretendida la recurrente.

TERCERO.- Respecto del motivo aducido en la demanda relativa a la inaplicabilidad de la Ordenanza de 30/05/2001, se trata de una cuestión recurrente en las demandas de la misma Compañía, resuelta en varias ocasiones por este mismo Juzgado, por ello procederá reproducir aquí lo que sobre este mismo extremo se dijo en la Sentencia de este mismo Juzgado de fecha 29/10/2002 dictada en el procedimiento ordinario nº 50/02 seguido entre las mismas partes y en la que se decía: «...que se ha producido una invasión de competencias del Estado. Al respecto debe darse aquí por reproducida la fundamentación ofrecida en la Sentencia de Juzgado de lo Contencioso nº 1 de esta Ciudad de fecha 2/9/2001, procedimiento ordinario 279/01. Asumida por este Juzgado ya en reiteradas sentencias, entre las que pueden citarse como más recientes las de fecha: 12; 17 y 24/09; 15; 21 y 28/10/02 dictadas en los procedimientos ordinarios nº 4, 7, 5, 32, 33 y 34/2002 seguidos ante este Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3, no habiéndose aportado por la hoy actora argumentos nuevos que justifiquen una modificación del criterio asumido y así se viene reiterando»:

«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 su art. primero, 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 su limitado alcance. De hecho, se adelantó a la normativa estatal, el R.D. 1.066/2001 de 28 de septiembre, el cual deja sin efecto toda norma que, fuera del ámbito estrictamente competencial del Ayuntamiento, lo con-

tradiga. 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 de 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 una norma sectorial, sino de los arts. 4.1.a) y 21.1.c) y d) de la Ley 7/85 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 art. 21.1.c).

En cuanto a la impugnación de concretos preceptos de la Ordenanza, realmente sólo se han cuestionado los arts. 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 respecto al entorno.

En cuanto a los arts. 4.3.e) y 5.2, sí 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 expremadamente 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 propor-

cionada 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 de 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 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, 227/1998, 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 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».

Motivación que como se ha anticipado más arriba debe ser mantenida y ratificada en este momento, reiterando que la denegación debe sustentarse en motivos únicamente urbanísticos, pues la resolución impugnada no debería haberse basado en otros, por lo que no se aprecia la extralimitación de competencias que denuncia la actora en su escrito de demanda.

Por otra parte y en cuanto a la impugnación indirecta de la Ordenanza, no procede la misma, pues en realidad, no se trata de un supuesto de aplicación de la misma, sino que en realidad se trata de un supuesto de denegación de la licencia derivada de la propia calificación del suelo y de la tramitación que hubiera debido seguirse y no se ha seguido.

CUARTO.— 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 los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por T.S.M., S.A., contra la resolución de 12/04/2002 de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de la misma Comisión de Gobierno de fecha 30/11/2001 por el que se desestimaba la solicitud de licencia para instalar una Estación Base de Telefonía Móvil en Zaragoza, polígono 196, parcela, Soto de Doña de Ana. Por estar la resolución ajustada al ordenamiento jurídico.

SEGUNDO.- No imponerlas 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.