
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 3 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 342/2001 BR
Sentencia nº 166 (11-09-2002)

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANISTICA.
Orden de retirada de antena y estación base de radiocomunicaciones.
Silencio administrativo positivo en las licencias urbanísticas.
Usos permitidos en el suelo no urbanizable genérico según el P.G.O.U.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José A. Tello Abadía.

En la Ciudad de Zaragoza a once de septiembre de dos mil dos.

Vistos por mí, D. José Alfonso Tello, Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de los de Zaragoza, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 342/01 BR, seguidos a instancia de F. C. E., S.A., que después cambió de denominación por I.,S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. R. S. contra la resolución de 18/05/2001 del Ayuntamiento de Zaragoza que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 9/03/2001 sobre restablecimiento de la legalidad urbanística. Con defensa del Ayuntamiento por el Letrado Sr. M. M.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.— Con fecha 06/09/2001 fue turnada a este Juzgado procedente del Juzgado Decano de los de esta Ciudad demanda interpuesta por el Letrado Sr. R. S. en nombre y mercantil demandante, contra la resolución señalada más arriba. Mediante proveído de fecha 21/09/2001 y una vez subsanados los defectos observados, se tuvo por interpuesto el recurso. Tras su recepción se dio traslado a la actora para deducir la demanda, presentándose con fecha 24/11/2001 y en la que se suplicaba se declarase la no conformidad a derecho y consiguiente invalidez del acuerdo impugnado y se declarase el derecho a ser indemnizada de los daños y perjuicios derivados del acto impugnado cuya cuantía se determinara en ejecución de sentencia.

Mediante proveído de fecha 26/11/2001 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 26/12/2001 pleito a prueba, se evacuó el trámite de conclusiones por las partes y quedaron los autos conclusos para sentencia mediante proveído de fecha 05/06/2002.

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 JURIDICOS

PRIMERO.– Dos son los motivos de oposición aducidos por la parte recurrente en el presente recurso, que se refiere a un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, pues, el acuerdo impugnado lo que hace es requerir a la entidad actora para que retire una antena que tiene instalada en el Camino Viejo de Villamayor. Un primer motivo se refiere a que la actora obtuvo la licencia de obras relativa a la estación base de radiocomunicaciones del Camino Viejo de Villamayor por silencio administrativo positivo. Como segundo motivo adujo que la normativa municipal aplicable permite la instalación de este tipo de instalaciones en Suelo No Urbanizable Genérico, toda vez que el régimen jurídico aplicable a este tipo de suelo es el mismo que para el Suelo Urbanizable no delimitado, de lo que concluye la actora que la normativa municipal permite también el emplazamiento de las referidas instalaciones en este último tipo de suelo. Además aduce la parte otra serie de motivos de carácter metajurídico.

Sobre estos últimos, cumple decir que la posibilidad de cumplir o no la concesión hecha por el Estado, se trata de algo ajeno 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 por parte del Ayuntamiento. Tampoco la existencia de un interés público o utilidad social 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, 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: tratarse de Suelo Urbanizable no Delimitado, que tiene el mismo régimen que el Suelo No Urbanizable. A pesar de tratarse de una cuestión introducida por la defensa consistorial en su contestación a la demanda, sólo procederá su examen para el caso de que la alegación urbanística contenida en la resolución impugnada fuera rechazada.

SEGUNDO.– Pasando al examen de los dos motivos que afectan al fondo del asunto, deberá principiarse por el relativo al silencio administrativo, que la parte pretende tiene carácter positivo. Para resolver la cuestión deberá atenderse en primer lugar a la normativa aplicable

La fecha de solicitud de la licencia fue 19/01/2001, 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. 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 dada por la Ley 4/1999 de 13 de Enero. Por otra parte la normativa sustantiva de aplicación es la Ley 5/1999 de 25 de marzo, Urbanística de Aragón, la cual aclara en su art. 173 que «Las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y el planeamiento urbanístico vigentes en el momento de la resolución». De manera que como señala la actora, la norma de planeamiento aplicable será el P.G.O.U. de 1986. Ello por cuanto al pretender la actora haber obtenido la licencia por silencio positivo, y teniendo presente que el art. 43.4.a) de la L.R.J.A.P. y P.A.C., impide dictar una resolución contraria al sentido del silencio, que se regula necesariamente por la normativa vigente en el momento de producirse dicho silencio, deberá tenerse presente la normativa vigente cuando se produjo el silencio. 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 y 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.

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 los dispuesto en el último inciso del art. 176 de la LUA conforme al cual: «En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».

Deberá examinarse a continuación, si la licencia solicitada contrariaba o no el planeamiento urbanístico, pues en el primer caso no podría obtenerse la licencia por transcurso del plazo para resolver. Como ya se sabe, el motivo de denegación se refiere a la calificación jurídica del suelo sobre el que se instaló la estación, mantiene el Ayuntamiento que se trata de Suelo Urbanizable no Delimitado, lo que se admite por la actora, y que el régimen aplicable es el mismo que para el Suelo no Urbanizable.

El P.G.O.U. 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 artículos 24 y 25 de la Ley Urbanística de Aragón, previendo este tipo de instalaciones en el art. 24.c) y las normas adjetivas para su autorización en el art. 25, que prevé una serie de trámites que no consta se hayan cumplido y 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 haya llevado a cabo, por lo que debe desestimarse que se haya obtenido por silencio positivo al no constar que haya cumplido la parte con lo que le impone la Ley para el caso de inactividad.

De considerarse que se trata de un uso vinculado a la ejecución, entretenimiento y servicio de obras públicas, tal y como también apunta la parte. Sin entrar a considerar ahora si la instalación de una antena como la que aquí nos ocupa reúne los requisitos previstos en el art. 6.1.9.2.b) del P.G.O.U., debe tenerse presente que el propio art. 23 de la Ley Urbanística que prevé este tipo de aprovechamientos, tiene la siguiente redacción: «En suelo no urbanizable genérico los Ayuntamientos podrán autorizar, mediante la licencia de obras, de conformidad con el régimen establecido, en su caso, en el Plan General o en el planeamiento especial, y siempre que no se lesionen los valores determinantes de la clasificación del suelo como no urbanizables, las siguientes construcciones e instalaciones: ...b) Las vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas...». De manera que ese tipo de instalaciones deben ser objeto de un examen pormenorizado, tanto en lo que afecta a su vinculación al Plan General, como en lo que se refiere a la inexistencia de lesión en los valores determinantes de la clasificación del suelo como no urbanizable, pudiendo sustituirse ese examen puntual por los criterios que genéricamente puedan establecerse en alguna norma concreta. La conclusión a obtener es que al tratarse de una excepción a la norma general que se condiciona a casos puntuales, debía haber sido objeto de una aprobación expresa, razonada y justificada, por lo que no era posible la aplicación del silencio positivo en la forma que pretende la entidad actora.

De manera que tanto en uno como en otro supuesto, no concurren los requisitos precisos para estimar la existencia de una resolución presunta de contenido positivo, por lo que deber rechazarse el motivo señalado.

TERCERO.— Plantea a continuación la parte recurrente, que la estación base de radiocomunicaciones a que se refiere la licencia no contraviene el planeamiento urbanístico aplicable pues al serle aplicable el mismo régimen que al Suelo No Urbanizable Genérico, está permitido en este tipo de suelo el emplazamiento de instalaciones del tipo que nos ocupan. Aquí la demanda mezcla dos conceptos, pues en un primer momento se está refiriendo al art. 23 de la Ley 5/1999, concretamente en cuanto afecta a construcciones e instalaciones vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras

públicas, para luego hacer referencia a que se trata de usos de utilidad pública o interés social recogidos en el art. 6.1.10. del P.G.O.U. La mixtura no es baladí, pues, como ya se ha visto más arriba, si se trata de un uso de utilidad pública o interés social, tanto el art. 6.1.11. del P.G.O.U., como el art. 25 de la Ley 5/1999 exigen determinados requisitos, v. gr... Estudio de su incidencia en el paisaje y en el medio natural, con las previsiones de solución al respecto; Estudio y previsiones de solución para las infraestructuras necesarias; Estudios o informes que pueda requerir el Ayuntamiento para dictaminar la solicitud. A lo que debe añadirse la específica tramitación que exige el art. 25 de la Ley 5/1999 y que no consta se haya observado. De manera, que no constando ni que se haya presentado la documentación requerida, ni tampoco que se haya seguido la tramitación exigida por la Ley, no puede accederse a la pretensión deducida.

Para el caso de que se considerase un uso vinculado a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas, que es lo que resulta de la referencia que hace la demanda al art. 23 de la Ley 5/1999, sería posible, con arreglo al art. 6.1.9 del P.G.O.U. de 1986 la autorización del uso pretendido. Ahora bien, una cosa es que el servicio desarrollado por la actora, se trate de un servicio de utilidad pública e interés social, y otro bien distinto que la estación base de radiocomunicación se considere una obra pública. El propio art. 6.1.9.2.b) enumera con un carácter enunciativo una serie de instalaciones a las que reconoce el carácter de obra pública a los efectos de la correspondiente autorización, supuesto en el que carece de encaje la estación base a la que se refiere el recurso. No se trata pues de un supuesto susceptible de subsumir en el precepto mencionado.

Señala también la parte actora que la Ordenanza aprobada por el Ayuntamiento de Zaragoza en fecha 30/05/2001 permite la instalación de este tipo de instalaciones en suelo no urbanizable genérico. Pero olvida que no ha dado cumplimiento a las prescripciones de la propia Ordenanza, que en su artículo 4.1 exige 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 la licencia de actividad clasificada. De modo que mal puede reclamar que se le aplique la Ordenanza en lo que le beneficia, olvidando el cumplimiento de las demás obligaciones que le impone la misma Ordenanza cuya aplicación reclama.

En definitiva, ni se puede obtener la licencia por silencio positivo, ni tampoco es procedente declarar como situación jurídica individualizada el derecho a obtener la licencia, al menos en la forma pretendida en el presente recurso.

CUARTO.— Pretende también que se declare el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados del acto impugnado. No habiéndose encontrado motivos para declarar la nulidad de la resolución impugnada, ni resultando que por la misma se haya causado algún daño que no exista obligación de soportar, no procede la pretensión formulada en tal sentido por la actora.

QUINTO.– En materia de costas no se aprecian motivos que justifiquen su imposición a ninguna de las partes por no observarse temeridad o mala fe.

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

FALLO

PRIMERO.– Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por F. C. E., S.A., que después cambió su denominación por I., S.A., contra la resolución de 18/05/2001 del Ayuntamiento de Zaragoza que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 9/03/2001 sobre restablecimiento de la legalidad urbanística. Por estar la actividad administrativa ajustada al Ordenamiento Jurídico.

SEGUNDO.– No imponer las costas procesales a ninguna de las partes.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.