

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA
LICENCIA URBANÍSTICA Y APERTURA. ESTACIÓN BASE DE TELEFONÍA MÓVIL.

Denegación improcedente.

Derecho a incorporar la instalación al Programa de Implantación.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar Garcia

En Zaragoza, a veintiséis de Octubre de dos mil diez.

El Sr. D. JAVIER ALBAR GARCIA, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza y su partido, habiendo visto los presentes Autos de Procedimiento Ordinario nº 441/2009-AT, seguidos ante este Juzgado entre partes, de una como recurrente V.E.,S.A.U., representada por la Procuradora D^a M.P.C.I. y defendida por la Letrada D^a E.A.C., y de otra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora D^{ña}. N.C.A. y defendido por el Letrado D. J.M.M., al que se acumuló el recurso de Procedimiento Ordinario núm. 501/2009, seguido entre las mismas partes, ante el Juzgado Contencioso Administrativo nº Uno de los de Zaragoza, tramitándose ambos en un solo procedimiento, sobre Licencia Urbanística para estación base de telefonía móvil, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha de entrada en el Registro del Juzgado Decano, 16-10-09, se interpuso por V.E.,S.A.U., recurso Contencioso-Administrativo contra la siguiente actuación:

Resolución del Ayuntamiento de Zaragoza, de fecha 2 de julio de 2009, por la que se desestima la solicitud de licencia urbanística y de apertura instada por V.E.,S.A.U., para la Estación base de telefonía móvil sita en C/ Cineasta Adolfo Aznar, nº 13 del término municipal de Zaragoza.

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.

TERCERO.- Por la parte demandada, previamente a contestar a la demanda, se solicitó la suspensión de los Autos en tanto recaiga Sentencia definitiva en el P.O. nº 309/2009, del Juzgado Contencioso-Administrativo número Cinco de Zaragoza.

Por providencia de fecha 8-2-10, se acordó la suspensión del plazo para contestar la demanda, dando traslado a la parte recurrente, evacuando el trámite de alegaciones en el sentido de que se acuerde la suspensión del presente procedimiento.

Por Auto de fecha 16-2-2010, se declaró haber la cuestión prejudicial, con suspensión de los Autos hasta que se resuelve el recurso P. Ordinario 309/09, seguido ante el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 5 de los de Zaragoza.

CUARTO.- Por Providencia de fecha 9-4-10, y una vez aportada la firmeza de la Sentencia dictada en el P. Ordinario nº 309/2009 del Juzgado nº 5, se acordó continuar el trámite del procedimiento, aunque el mismo seguía suspendido a fin de

tramitar la acumulación interesada por la parte actora, del Procedimiento 501/2009, seguido ante el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Zaragoza. Se acordó dar traslado a las partes de la acumulación solicitada.

Por Auto de fecha 20-4-10, se acordó la acumulación a los presentes Autos, del Procedimiento Ordinario núm. 501/2009, seguido ante el Juzgado Contencioso-Administrativo número 1 de Zaragoza, contra la siguiente resolución: Acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza, de fecha 20 de octubre de 2009, por el que se acuerda requerir a V.E.,S.A.U., para que en el plazo de un mes proceda a retirada de antena de telefonía móvil en C/ Cineasta Adolfo Aznar nº 13, desestimando las alegaciones presentadas por V., contra el Acuerdo del Consejo de Gerencia de fecha 9 de septiembre de 2009, por el que ordena la retirada de la estación base de telefonía móvil.

QUINTO.- Por Providencia de fecha 16-6-2010, una vez recibidos los Autos del Procedimiento Ordinario nº 501/2009, del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1, se alzó la suspensión del procedimiento y visto el estado de las actuaciones de ambos procedimientos, se dio traslado a la parte demandada, para que contestase a la demanda del P. Ordinario 441/2009.

SEXTO.- Que mediante Auto de fecha 30-6-10, se acordó fijar la cuantía del recurso en 18.031 euros.

Recibido el procedimiento a prueba, por la parte recurrente se propuso prueba documental, y previa declaración de su pertinencia, se tuvo por reproducida la documental aportada.

Finalizado el periodo probatorio, se acordó el trámite de conclusiones, constando unidos los respectivos escritos presentados por las partes y quedando los Autos a disposición de S.S.^a conclusos para dictar Sentencia.

SEPTIMO.- Que en la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurren las siguientes resoluciones: a) la del Coordinador del Área de Urbanismo y Gerente de Urbanismo de 2-7-2009 que denegó la licencia urbanística y de apertura en relación con la estación base de telefonía móvil ubicada en la calle Cineasta Adolfo Aznar, nº 13; b) el acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo de 9-9-2009 que ordenó la retirada de la estación base citada.

Se alega en sustancia que la Sentencia de 15-2-2010, P.O. 309/2009 del Juzgado nº 5 de Zaragoza estimó el recurso y reconoció el derecho a incluir la citada estación en el Programa de Implantación, cuya previa denegación había fundado a su vez la desestimación de licencia.

Se invoca inadmisión por falta de capacidad para interponer el recurso por no haberse justificado el cumplimiento del requisito del art. 45.2.d. LJCA.

SEGUNDO.- Debe rechazarse la inadmisión en cuanto el 8-6-2009 se delegó en el Secretario del Consejo la facultad para decidir la interposición del recurso, el cual ejerció tal facultad. Cierto es que se acreditó con posterioridad a la interposición del recurso, pero debe tenerse en cuenta la necesaria flexibilidad en la Jurisdicción Contenciosa, en la que, a diferencia de otras Jurisdicciones, hay un plazo perentorio de dos meses que puede no dar lugar, sobre todo en grandes sociedades, a que se cumplan todas las formalidades. En caso similar al presente, el TSJ de Aragón, en PO 4/2003 de este Juzgado, dictó sentencia de 29-9-2006 revocando la sentencia de este Juzgado, aceptó la capacidad procesal en relación a una comunidad de bienes que acreditó el acuerdo para interponer el recurso ya en apelación, al aportar una escritura, posterior a la primera Sentencia, de ratificación de un acuerdo que no había quedado acreditado plenamente, por lo que con más motivo debe aceptarse la subsanación en esta fase procesal.

TERCERO.- En relación con el fondo del asunto, la Sentencia citada de 15-

2-2010 del Juzgado nº 5 dice lo siguiente:

“SEGUNDO.- Del expediente administrativo cabe derivar los siguientes elementos fácticos:

1.- A los folios 1 a 3 obra solicitud por parte de V. de incorporación al Programa de Implantación de dicha mercantil en el municipio de Zaragoza del emplazamiento sito en la Calle Adolfo Aznar, 13.

A la solicitud se acompañaba resolución del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, de 2 de julio de 2007, por la que se aprobaba la memoria técnica de la radiobase.

2.- Realizada una aclaración en la petición, se acordó por el Coordinador General de Urbanismo en fecha 6 de marzo de 2008, “ordenar interrumpir el procedimiento administrativo correspondiente a la licencia urbanística instada por V.E.,S.A. (...) para la instalación de estación base para servicio de telefonía móvil sita en C/ Cineasta Adolfo nº 13”.

3.- Con fecha 7 de abril de 2008, se emitió informe suscrito por el Arquitecto del Servicio Técnico de Planeamiento y Rehabilitación que finalizaba así (folio 11):

“En cuanto a la normativa sectorial, como se ha dicho, se ha aportado fotocopia de la aprobación de la memoria del Ministerio de Industria, que para el Programa se considera suficiente, pero habrá de acreditarse en el expediente de licencia que se ha ejecutado; de acuerdo con lo aprobado mediante documento de la aprobación definitiva del mismo Ministerio, una vez se hayan efectuado las comprobaciones pertinentes, de forma que no supere los límites establecidos en el RD. 1066/2001 y que cumple con el resto de la normativa sectorial que sea de aplicación.

En el Capítulo 5.1, Identificación de centros sensibles, se localizan dos puntos sensibles. A este respecto hay que señalar que cerca del emplazamiento se encuentra una guardería (J.I.A.) a una distancia de 56 m. y una residencia para mayores (M.) a 68 m. de distancia, ambas se encuentran dentro del radio de influencia de 100 m.

En un anejo del Proyecto figura el estudio detallado de los niveles de exposición radioeléctrica donde se certifica que la estación en Proyecto cumple los límites de exposición establecidos en el Reglamento aprobado por Real Decreto 1066/2001, la consideración de los niveles preexistentes en el capítulo 5.3 se detallan las técnicas de minimización de niveles empleadas en cuanto a control de potencia, canales de tráfico, transmisión discontinua, altura en antena y directividad de la antena.

CONCLUSIÓN

A la vista de todo lo expuesto, desde el punto de vista técnico, no se aprecia que la implantación de esta radiobase para la prestación del servicio de comunicaciones móviles por el sistema UMTS contravenga la normativa urbanística de aplicación, por lo que se remite al Servicio Jurídico de Ordenación y Gestión para que continúe la tramitación del expediente”.

4.- Con fecha 23 de mayo de 2008, la Comisión de Patrimonio informó que no había nada que objetar desde el punto de vista del Patrimonio Histórico.

5.- Con fecha 10 de junio de 2008, la Arquitecto del Servicio Técnico de Planeamiento y Rehabilitación se informó que la implantación no contravenía el Planeamiento urbanístico.

6.- Con fecha 11 de noviembre de 2008, se sometió a información pública la petición de autos.

7.- Mediante escrito fechado a 4 de diciembre de 2008, D. A.C.C., Administrador de la Comunidad de Propietarios María Zambrano, 52 y José María Beltrán, 15-17, presentó escrito de alegaciones, señalando, entre otras cosas, lo que sigue: *“Cuarto.- Que en las proximidades de la zona existen dos colegios y un instituto, por lo que el tránsito de niños por la calle Adolfo Aznar es continuo, quedando los mismos expuestos a las ondas electromagnéticas que emite la citada antena, así como a los posibles daños morales por pasar todos días cerca de la instalación”.*

8.- Con fecha 15 de diciembre de 2008, la representación de la Comunidad de Propietarios Adolfo Aznar, nº 3-5, presentó escrito de alegaciones, en el que, entre otras cosas, se decía: “Que la Ordenanza Municipal de Instalaciones de

Telecomunicación por Transmisión y Recepción de Ondas Radioeléctricas en el término municipal de Zaragoza, en el punto 2 del artículo 5, dice: *El programa de implantación no contendrá ninguna instalación de antena, estación base o radioenlace, o de cualquier otro tipo relacionado con la telefonía móvil situada a menos de 100 metros, medidos horizontalmente, de parcelas donde existen guarderías, escuelas de enseñanza infantil y ciclos obligatorios y centros sanitarios.*

En dicho entorno se encuentran:

- Guarderías
- Bibliotecas”.

9.- Con fecha 18 de diciembre de 2008, se presentó escrito de alegaciones por la representante de la APA S., en la que, entre otros aspectos, se dijo: *“Que la instalación de esta antena de telefonía móvil está muy próxima al centro escolar; le hago llegar mi enorme preocupación ante el posible efecto nocivo que sobre la salud de tanto de nuestros hijos y nuestra propia pudieran ocasionar las radiaciones y campos electromagnéticos de dicha instalación”.*

10.- Con fecha 12 de diciembre de 2008, el Presidente de la Comunidad de Propietarios Adolfo Aznar nº 3 y 5 alegó que, *“según representa en el dibujo adjunto con el número 2 se aprecia que hay una parcela a menos de 100 m. en donde existe una guardería”.*

11.- A los folios 100 a 151 obran alegaciones de diferentes personas con una literalidad idéntica.

12.- Con fecha 6 de abril de 2009, se emitió informe por la Arquitecto del Servicio Técnico de Planeamiento y Rehabilitación (folios 153 y 154), en el que puede leerse:

“1.- Sobre la proximidad al Centro Escolar CEIP J.A.B. El Centro Escolar CEIP J.A.B. se sitúa en la Calle Julio García Condoy 50, a unos 385 m. de la ubicación propuesta para la antena. La distancia a la que se sitúa el centro escolar mencionado, se encuentra fuera del radio de influencia de 100 m. fijado por la Ordenanza Municipal y es hasta ahora la distancia que se ha considerado para que se presenten las oportunas mediciones de centros sensibles detectados, por lo tanto no se puede estimar.

2.- De la protección de las personas a la exposición radioeléctrica.

En cuanto a esta alegación, cabe decir que es cierto que se debe presentar por parte de los solicitantes en cuanto a las restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria, su justificación dentro del Proyecto Radioeléctrico, según el Real Decreto 1066/2001.

Aunque corresponde al Estado y a las Comunidades Autónomas determinar los niveles de las emisiones radioeléctricas tolerables y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas corresponde al Ayuntamiento la vigilancia del control de la puesta en marcha, su (...)”.

13.- En la propuesta de 14 de abril de 2009, se manifestó lo siguiente sobre las alegaciones presentadas: *“A.- Alegaciones presentadas por D. A.C.C. en representación de las Comunidades de Propietarios de la Calle María Zambrano nº 52 y José M^a Beltrán nº 15-17.*

Respecto a los tres primeros apartados en los que se citan cuestiones que pudieran tener incidencia en la salud informar al alegante que dicha competencia no ha sido atribuida a los Ayuntamientos y, en consecuencia, ni su regulación ni su corresponden al ámbito municipal, tal y como ha quedado establecido en varias sentencias de los tribunales que han declarado nulos los artículos de la Ordenanza municipal que regulaban aspectos de dichas cuestiones, como la densidad de potencia en la exposición a campos electromagnéticos, la distancia de estas instalaciones a los denominados centros sensibles, la agrupación de antenas o la zona de exclusión de azotea.

En cuanto a los apartados cuarto, quinto y séptimo nos remitimos a lo informado por el Servicio Técnico en fecha 6 de abril de 2009. Expedientes 0.122.303/08, 1.448.359/08.

Y en lo referente al apartado sexto en su primera parte queda contestado con lo anteriormente expuesto y en cuanto a lo referido sobre la contratación de un seguro de responsabilidad civil, informar que este trámite no es el oportuno para su exigencia.

Por tanto, se propone la desestimación de las precitadas alegaciones.

B.-Alegaciones presentadas por la mercantil I.O.S.L. en calidad de Administradores de la Comunidad de Propietarios de la calle Adolfo Aznar nº 3-5.

En cuanto al primer punto de la alegación nos remitimos para su contestación al contenido de los informes técnicos emitidos en fecha 7 de abril de 2008 y 6 de abril de 2009, de los que se dará copia a la alegante, y respecto a las actuaciones procedentes en materia de Disciplina Urbanística, se remitirá copia de la alegación-denuncia efectuada al citado Servicio a los efectos procedentes

Respecto al segundo punto informar que el artículo 5.2 de la Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicaciones ha sido uno de los declarados nulos por la Sentencia firme del T.S.J.A de fecha 26 de mayo de 2004 por invadir cuestiones cuya competencia no le ha sido atribuida al Ayuntamiento. Por ello ha quedado sin efecto la exigencia de que las antenas de telefonía móvil no pueden situarse a menos de 100 m de guarderías, escuelas de enseñanza infantil, ciclos obligatorios y centros sanitarios. Por lo que habrá que estar a lo preceptuado por el artículo 8.7 del RD 1066/2001, apartado d, "la ubicación, característica y condiciones de funcionamiento de las estaciones radioeléctricas debe minimizar, en la mayor medida posible, los niveles de emisión sobre espacios sensibles, tales como escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos" y para ello nos remitimos a lo señalado en la aprobación de la memoria técnica y autorización para la instalación de fecha 2 de julio de 2007 del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Para lo señalado en el tercer punto nos remitimos a lo expuesto ut supra en la alegación A y respecto al resto de las cuestiones vertidas no son objeto de este expediente.

El punto cuarto señala la caducidad de la autorización ministerial concedida, informar que, en todo caso, la declaración de la supuesta caducidad será competencia del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio al ser el órgano que ha tramitado la autorización, por lo que, en su caso, deberá el alegante dirigirse al mismo.

El contenido de los puntos quinto y séptimo no son objeto de este expediente. Expedientes 0.122.303/08, 1.392.606/08, 1.409.810/08 y 1.448.359/08.

Respecto a lo señalado en el punto sexto, se presentado tienen por incorporadas las alegaciones individuales que se adjuntas al escrito, al presente expediente.

Finalmente, se tienen por efectuadas las manifestaciones del punto octavo.

Por tanto, se propone la desestimación de todas las alegaciones formuladas.

C.-Alegaciones presentadas por D^a M.C.F.D. en representación de A.P.A S.

El punto primero queda contestado en el informe técnico de fecha 6 de abril de 2009. Para la contestación del segundo punto nos remitimos a lo relatado en la contestación de la alegación A.

Por lo que también estas alegaciones se deberán tener por desestimadas.

Añadir, que el art. 2 de la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en su apartado Primero prescribe que las telecomunicaciones son servicio de "interés general" que se prestan en régimen de libre competencia.

No obstante, no está previsto en la Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicación por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas en el término municipal de Zaragoza, la incorporación de futuras instalaciones a los Programas, aunque sí se tuvo en cuenta en los acuerdos de aprobación de los Programas aprobados con posterioridad circunstancia a la que se aludía en el apartado cuarto de todos ellos.

La competencia para resolver sobre la aprobación de los Programas de Implantación corresponde al Excmo. Ayuntamiento Pleno, según prescribe el art. 5.7 de la citada normativa.

A la vista de todo lo anterior, si esa Gerencia la juzga pertinente, procederá proponer al Ayuntamiento Pleno, previo dictamen del Consejo de Gerencia, la adopción del siguiente acuerdo".

14.- Con fecha 22 de abril de 2009, se adopto acuerdo Plenario por el que se rechazó la aprobación del "dictamen proponiendo tener por incorporada la estación base de telefonía móvil sita en la Calle Adolfo Aznar, 13, al Programa de

Implantación de V.E.,S.A.”, folio 161.

TERCERO.- Las primeras argumentaciones manejadas por la actora tienen que ver con la ausencia de motivación suficiente, lo que lleva a la parte actora a invocar el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ciertamente, esta alegación debe ser aceptada, en línea con lo ya argumentado en la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 del Juzgado nº 2 de esta clase y ciudad, debido a que no puede entenderse como motivación la existencia de un debate en el propio órgano Plenario Municipal (cuyos particulares, por lo demás, no constan en el expediente) ni las alegaciones presentadas en el trámite de información pública por personas y entidades que no forman parte de la Administración.

Y es que la motivación de la resolución, de acuerdo con el art. 54 de la Ley 30/1992, era especialmente exigible, porque nos encontramos ante un acto restrictivo de derechos y que, además, se separa en su contenido de lo informado en el propio expediente administrativo.

Por esta razón, ya debe estimarse el presente recurso Contencioso-Administrativo.

Con todo, este Juzgado debe añadir (habida cuenta de las pretensiones de la actora) que tampoco puede asumirse el argumento relativo a la caducidad de la autorización para la instalación otorgada por el Ministerio de Industria. En concreto, el Sr. Letrado Consistorial declara en su Demanda (página siete) que “la autorización para la instalación otorgada por el Ministerio de Industria a V. para la instalación de constante referencia, de fecha 2-7-2007 se encontraba caducada, (...) ya en el período de información pública (BOP de 9 de enero de 2009), o lo que es lo mismo, la actora no se encontraba habilitada por el organismo regulador para la instalación de la pretendida antena, exigencia a que se refiere el art. 4.1 de la Ordenanza Municipal de Telecomunicaciones”.

Ocurre que la explicación ofrecida a este respecto por la mercantil recurrente no se ha desvirtuado por prueba alguna. En efecto, la representación de la actora ha indicado que se concedió licencia de funcionamiento en fecha 6 de junio de 2008 (por lo que no podría hablarse de la existencia de caducidad), sin que, en ningún momento, se haya formulado requerimiento en vía administrativa o judicial (o prueba de algún tipo) que refutase esta afirmación.

Por otro lado, y a pesar de los esfuerzos argumentativos de los Sres. Letrados de las codemandadas, no pueden compartirse, de nuevo, las argumentaciones desarrolladas en las Contestaciones en orden a posibilitar que la Corporación pueda aplicar la normativa estatal sectorial, citándose en concreto lo dispuesto en el art. 8.7.d) del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, de aprobación del Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, en el que se dice:

“7.- En la planificación de las instalaciones radioeléctricas, los titulares de las mismas deberán tener en consideración, entre otros criterios, los siguientes:

a.- La ubicación, características y condiciones de funcionamiento de las estaciones radioeléctricas deben minimizar los niveles de exposición del público en general a las emisiones radioeléctricas con origen tanto en éstas como, en su caso, en los terminales asociados a las mismas, manteniendo una adecuada calidad del servicio.

b.- En el caso de instalación de estaciones radioeléctricas en cubiertas de edificios residenciales, los titulares de instalaciones radioeléctricas procurarán, siempre que sea posible, instalar el sistema emisor de manera que el diagrama de emisión no incida sobre el propio edificio, terraza o ático.

c.- La compartición de emplazamientos podría estar condicionada por la consiguiente concentración de emisiones radioeléctricas.

d.- De manera particular, la ubicación, características y condiciones de funcionamiento de las estaciones radioeléctricas debe minimizar, en la mayor medida posible, los niveles de emisión sobre espacios sensibles, tales como escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos...”

Este precepto en relación con las cláusulas competenciales de los municipios

contempladas en la legislación básica de régimen local llevan a justificar que el Ayuntamiento haya podido rechazar la incorporación de la instalación al Programa de Implantación, máxime, desde la perspectiva, del derecho a la tutela de la salud.

Sin embargo, esta argumentación resulta contraria, en primer lugar, con la en cuya posición sobre la instalación plasmada por el Ministerio de Industria y Energía, autorización aportada junto a la solicitud (cuya desestimación se impugna en esta litis) se declaraba su idoneidad, sin perjuicio de los controles ulteriores que habría que realizar ulteriormente por parte del mismo Departamento Ministerial. Y, en segundo término, con las atribuciones competenciales de dicho órgano de la Administración General del Estado y la consiguiente limitación de las competencias municipales, que ha venido a ser reconocida en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (citadas por la actora), que han anulado los preceptos de la Ordenanza que estaban en la base de las alegaciones presentadas por la codemandada en vía administrativa. En este punto, merece citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 26 de mayo de 2004, EDJ 141458, en cuyo fundamento jurídico décimo tercero puede leerse:

"DÉCIMO TERCERO.- Por lo que respecta al también impugnado artículo 5 de la Ordenanza referido específicamente a los programas de implantación, la recurrente viene a reiterar, en su pretensión de que sea anulado, los mismos argumentos ya aducidos al impugnar el artículo anterior, por lo que los razonamientos hasta ahora expuestos conducen igualmente a considerar la conformidad a derecho del mismo, con la sola excepción de sus apartados 2º y 4º.

El apartado 2º establece que "el programa de implantación no contendrá ninguna instalación de antena, estación base o radioenlaces, o de cualquier otro equipo relacionado con la telefonía móvil situada a menos de 100 metros, medidos horizontalmente, de parcelas donde existan guarderías, escuelas de enseñanza infantil y ciclos obligatorios y centros sanitarios". La fijación de tal distancia respecto a dichos centros como límite para la ubicación de tales instalaciones no es sino una medida de protección de la salud de las personas frente a emisiones radioeléctricas, que, como resulta de lo dicho en el fundamento de derecho décimo, ha de estimarse que excede de la competencia municipal. Debiendo añadirse al respecto que el apartado 7.d) del artículo 8 del Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611 establece que "la ubicación, características y condiciones de funcionamiento de las estaciones radioeléctricas debe minimizar, en la mayor medida posible, los niveles de emisión sobre espacios sensibles, tales como escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos". Lo que ha sido desarrollado por la Orden CTE/23/2002, de 11 de enero, por la que se establecen condiciones para la presentación de determinados estudios y certificaciones por operadores de servicios de radiocomunicaciones, en cuyo apartado 3.1.f) se dispone que "para las estaciones tipo ERI y ER2, cuando en un entorno de 100 metros de las mismas existan espacios considerados sensibles (guarderías, centros de educación infantil, primaria, centros de enseñanza obligatoria, centros de salud, hospitales, parques públicos y residencias o centros geriátricos) el estudio tendrá en consideración la presencia de dichos espacios, para lo que se justificará la minimización de los niveles de exposición sobre los mismos según lo previsto en el art. 8.7 del Reglamento y se aportarán los niveles de emisión radioeléctrica calculados, teniendo en cuenta los niveles de emisión preexistentes, en dichos espacios". Consiguientemente, la restricción al efecto impuesta en el precepto de la Ordenanza impugnado difiere de las medidas de protección que prevé la normativa estatal, posibilitando ésta la ubicación de las instalaciones a menos de cien metros de los espacios sensibles, si bien justificando la minimización de los niveles de exposición. Por lo que tanto por exceder de la competencia municipal el establecimiento de una medida de la naturaleza de la aquí cuestionada, como por no acomodarse a la normativa estatal, debe ser, como se ha adelantado, declarada nula. Siendo, así mismo, de significar que por la representación de la Administración demandada admite que la protección de los denominados espacios sensibles corresponde al Estado, y que la norma local ha sido desbordada por la regulación estatal.

Y tal declaración de nulidad también ha de hacerse del citado apartado 4 del artículo 5 que dispone que "el Ayuntamiento, en el caso de que lo considere necesario, podrá imponer la agrupación de antenas siempre que los límites totales

de emisión se mantengan entre los establecidos en esta Ordenanza”, y ello por cuanto que, partiendo de la posibilidad, ya examinada en el fundamento de derecho noveno, de que por el Ayuntamiento se establezca la obligación de compartir emplazamiento por parte de los diferentes operadores para la instalación de las antenas, aquel apartado lo que en definitiva hace es establecer una restricción a tal posibilidad en función de los límites de emisión establecidos en la Ordenanza, por lo que su nulidad no es sino la consecuencia obligada de la nulidad del apartado 3.e) del artículo 4”.

Nótese, por tanto, que son consideraciones competenciales las que justificaron la anulación de importantes preceptos del Reglamento municipal y las que también impiden que el Ayuntamiento venga a adoptar una posición mas restrictiva en la aplicación de la legislación sectorial que la adoptada por el órgano responsable de la Administración General del Estado.

Finalmente, debe precisarse que la genérica invocación de un derecho a la salud o al principio de prevención, sin un apoyo técnico explícito, no pueden invalidar la corrección de la instalación de autos, que ha sido avalada por los órganos del Ministerio competente.

Procede, por todo ello, estimar el presente recurso contencioso administrativo, reconociendo el derecho de la actora instado en su suplico de la demanda.

CUARTO.- No concurren circunstancias justificativas de una condena en costas, ex art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

FALLO

Se estima el recurso 309/2009 interpuesto por la Procuradora D^a P.C.I. en nombre y representación de V.E,S.A.U., contra el Acuerdo Plenario de fecha 22 de abril de 2009, que se anula, al no ser conforme Derecho, reconociéndose el Derecho de incorporación de la instalación de Autos al correspondiente Programa de Implantación; sin costas”.

Ha desaparecido, por tanto, el obstáculo opuesto por el Ayuntamiento. No puede alegarse que no estuviese en el Programa de Implantación, en primer lugar porque se pidió tal inclusión y en segundo lugar porque el propio Ayuntamiento, folio 65, interrumpió el procedimiento a resultas de tal solicitud, con lo cual, si al final debió haberse incluido en la resolución de 22-4-2009, folio 69, en lugar de haberse denegado, la propia licencia no podría haberse denegado por tal motivo y habría debido proseguir el procedimiento.

Por todo ello, debe estimarse el recurso contra el acto de denegación de la licencia, si bien en este caso no puede reconocerse el derecho a la misma, puesto que al haberse denegado por incumplimiento de un primer requisito, la aparición en el Programa de Implantación, no fueron objeto de examen el resto de las cuestiones técnicas y urbanísticas que condicionan la concesión de toda licencia, debiendo retrotraerse el expediente para que se tramite de nuevo dicha Licencia.

CUARTO.- En relación con la orden de retirada de la antena, hay que tener en cuenta que es de aplicación el art. 196 LUA 5/1999 -ya que la nueva LUA 3/2009 de 17-6 que entró en vigor, según su DF 10º, el 1 de octubre, a los tres meses de su publicación, que había tenido lugar el 30 de junio, no es aplicable a los procedimientos ya iniciados con anterioridad- según se desprende de la Ley 30/1992, DT 2ª, al no haber previsión específica en la Ley 3/2009 sobre los procedimientos de restablecimiento de la legalidad- y el de retirada se inició el 8-9-2009. Dicho art. 196 LUA 5/1999, prevé requerir de legalización antes de ordenar la demolición o retirada, total o parcial, por lo que la resolución debe ser anulada, sin perjuicio de volver a incoar tal procedimiento si, por otros motivos, resulta finalmente denegada la licencia.

QUINTO.- No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Que estimando en su totalidad el recurso interpuesto por V.E.,S.A.U. contra la resolución del Coordinador del Área de Urbanismo y Gerente de Urbanismo de 2-7-2009 que denegó la licencia urbanística y de apertura en relación con la estación base de telefonía móvil ubicada en la calle Cineasta Adolfo Aznar, n° 13, debo anular y anulo la misma, ordenando la retroacción del expediente de licencia para que se proceda a tramitar el mismo partiendo de que la citada estación base queda incluida en el Programa de Implantación.

Así mismo, estimando en su totalidad el recurso interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo de 9-9-2009 que ordenó la retirada de la estación base citada, debo anular y anulo el mismo, dejándolo sin efecto.

No procede hacer expresa condena de las costas del recurso.

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