

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA URBANÍSTICA Y DE APERTURA. ESTACIÓN BASE DE TELEFONÍA MÓVIL.

Denegación improcedente.

Falta de motivación suficiente.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar Garcia

En Zaragoza a dieciséis de diciembre de dos mil once.

El Ilmo. 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 210/11-A/P 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., bajo la dirección Letrada de D^a R.B.S., y, de otra como parte demandada, el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora D^a S.S.S. y defendido por el Letrado D. J.M.M. y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha 18 de mayo de 2011 se interpuso por la Procuradora D^a P.C.I. en nombre y representación de V.E.S.A.U., recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

“Resolución adoptada por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza, de fecha 11 de marzo de 2011, notificada en fecha 21 de marzo de 2011, por la que se desestima expresamente el Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por V., en fecha 4 de febrero de 2011, contra la Resolución adoptada por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza, de fecha 9 de diciembre de 2010, por la que se desestimó expresamente el Recurso de Reposición interpuesto, contra la Resolución de la Gerencia de Urbanismo, de fecha 30 de septiembre de 2010, por la que se deniega a V.E.,S.A.U. licencia de obra y apertura para la instalación de una Estación Base de telefonía en calle Francisco Alcalde Caballero nº 22 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, habiéndolo hecho conforme consta en Autos.

TERCERO.- Que mediante Decreto de fecha 5 de octubre de 2011 se acordó fijar la cuantía a del recurso en indeterminada, y por Auto de la misma fecha se acordó el recibimiento a prueba del recurso.

CUARTO.- Que propuestos los medios de prueba y pertinencia de los mismos, se llevaron a cabo con el resultado que consta en Autos.

QUINTO.- Que por ambas partes se han presentado los correspondientes escritos que contienen sus conclusiones y constan unidos a las actuaciones.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la resolución del Coordinador General del Área de Urbanismo y Medio Ambiente y Gerente de Urbanismo de Zaragoza de 11-3-2011 que inadmitió el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la resolución de 9-12-2010 que había inadmitido por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto contra la de 30-9-2010 del Coordinador General del Área de Urbanismo y Medio Ambiente y Gerente de Urbanismo, que había denegado la licencia de obra y apertura para la instalación de una estación base de telefonía móvil en la Calle Alcalde Caballero nº 22 de Zaragoza.

Se alega que hubo un error en la inadmisión y se combate la resolución de denegación de la licencia.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho muchas veces, el recurso extraordinario de revisión, que puede interponerse frente a resoluciones firmes en vía administrativa, tiene por objeto remediar unas específicas situaciones, las previstas en el art. 118 de la Ley 30/1992, lo que, cuando se impugna la inadmisión, circunscribe el examen de la cuestión única y exclusivamente a determinar si hay indicios razonables de que pueda concurrir un error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados, la existencia de un documento de valor esencial que evidencie el error, que haya habido testimonios o documentos considerados decisivos que se han declarado falsos o que hubiese mediado delito en la emisión de la resolución.

No se trata, por tanto, de una nueva oportunidad de alegar lo que pudo alegarse en las vías ordinarias de recurso, sino de un procedimiento excepcional para remediar unos vicios que, por su carácter extraordinario, no pudieron ser puestos de relieve en el momento oportuno. En el caso presente, al haberse recurrido en reposición e inadmitirse el recurso pasados dos meses, desde la notificación de la denegación inicial, la resolución original devino firme, no habiendo podido recurrirse en vía judicial.

TERCERO.- Se invoca el error en la inadmisión. El art. 118.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común considera como causa de revisión que *“se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente”*.

Del simple examen del expediente resulta clara la existencia de dicho error. La resolución denegatoria es de 30 de septiembre de 2010, folio 35, y consta sello de entrada en el servicio de notificaciones, no obstante lo cual consta como notificada el 14 de septiembre de 2010, cosa imposible, cuando en el folio 5 del expediente administrativo consta que la entrada en las oficinas de V. tuvo lugar el 14-10-2010, siendo además la salida del Ayuntamiento de 7 de octubre, lo que concuerda con dicha fecha. Ante ello, hay que tener por fecha de notificación la de 14-11-2010, finando el plazo para recurrir el 14-11-2010, que era domingo, con lo cual, en virtud del art. 48.3 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, el último día pasaba a ser el siguiente día hábil, el 15-11-2010, que es cuando la recurrente, con arreglo al art. 38 de la Ley 30/1992, presentó el recurso, folio 6. Por tanto, debió haber sido estimado el mismo.

En puridad, su estimación llevaría a remitir al ayuntamiento el expediente para que resolviese la reposición, pero dado el carácter de tal recurso y que el Ayuntamiento sigue sosteniendo la resolución de origen, no tiene sentido tal remisión para que, en definitiva, vuelva a confirmarse y tener que volver a iniciar un procedimiento judicial.

CUARTO.- En cuanto al fondo del asunto, se denegó la licencia de la estación de telefonía móvil por superar los 30 metros de altura. La Ordenanza -aunque no quede claro el párrafo, puesto que el Ayuntamiento dice que es el 4.5.f) y

en la versión publicada por el propio Ayuntamiento en la página web, apartado normativa, figura como 4.7, tercera condición- dice lo siguiente: “*La altura máxima total del conjunto antena y estructura soporte no excederá de 30 metros. Si la altura supera dicha dimensión será su instalación excepcional, requiriéndose entre los documentos un montaje fotográfico en el que se aprecie su incidencia en el entorno*”. En el caso presente, la Comisión de Patrimonio Histórico, folio 30, que informa siempre en estos asuntos, art. 4.3.b), dijo que “*La excepción sólo se concede cuando integra a varios operadores*”, razón por la cual se le dio traslado, folio 32, para que presentase una nueva solución, cosa que no se hizo.

QUINTO.- Estamos ante un elemento de discrecionalidad, puesto que la ordenanza establece una regla general sobre las alturas, con una excepción que carece de parámetros expresos, pero que tiene una referencia que puede dar una pista, si bien la misma al final sigue siendo imprecisa y sujeta a valoración, cuando se exige la presentación de un montaje fotográfico- en este caso era fotografía de la realidad, pues, una vez más, la antena ya estaba colocada- a fin de apreciar su impacto en el entorno.

De ello debe deducirse una cosa, la limitación general a 30 metros viene dada por el intento de evitar, o al menos minimizar impactos en el entorno. Ante ello, puede ser razonable que uno de los criterios sea autorizarlas cuando se integren varios operadores, pues con ello se impide que en determinadas zonas se multiplique dicho impacto, y, en definitiva, se considere que si es preciso que lo haya, sea lo menor posible.

En tal sentido, podría considerarse formalmente motivada la resolución conforme al art. 54 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, pues se atiende a un precedente. Aquí surgen dos problemas, el carácter vinculante del informe de Patrimonio y, el si dicho criterio municipal debe ser el único por el que se rija esta cuestión.

Con relación a lo primero, la STS sobre esta ordenanza de 16-7-2008 nos da la respuesta. El 4.3.b dice: “*Será preciso el informe favorable de la Comisión Municipal del Patrimonio Histórico-Artístico para la instalación de los elementos y equipos objeto de este artículo en todo el término municipal*” y la citada sentencia anula el término favorable por ser contrario a los art. 82 y 83 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, al establecer el ultimo que los informes, salvo disposición expresa, serán facultativos y no vinculantes. Por tanto, el mero hecho de tal informe negativo vincula al órgano que resuelve.

SEXTO.- Con relación a la segunda cuestión a que se hacía referencia, es decir a si dicho criterio municipal puede ser el mismo, hay que tener en cuenta que la discrecionalidad es un ámbito importante de decisión de la Administración, pero la misma requiere una motivación, ya que de lo contrario se podría incurrir en arbitrariedad si que pudiese ser objeto de control judicial, pues tanto los interesados como los propios órganos judiciales desconocerían las razones justificativas del acto, STS 28-10-1997. Las resoluciones basadas en la discrecionalidad, puesto que tienen unos límites legales muy amplios o imprecisos, deben corresponderse con un criterio de razonabilidad, respetuoso con los principios generales del Derecho y, muy especialmente, ajustado a la finalidad y sentido de la norma, sobre todo cuando se trata de un acto restrictivo de derechos. En tal dirección, ya se ha dicho que si había una motivación formal, un criterio o precedente que, además, tiene cierta razonabilidad, pues atiende a un criterio cuantitativo en la limitación del impacto.

Ahora bien, una vez se exige motivación, también debe exigirse una motivación que no sea arbitraria o irrazonable, por lo ya dicho, pues de nada sirve exigir una motivación si la misma es meramente formal o carece de razonabilidad, como exige la STS 7-2-1994, citada por la parte, equiparándose la falta de motivación a la que es manifiestamente errónea, arbitraria o irrazonable.

SÉPTIMO.- En el caso presente debemos llegar a la conclusión de que se produce una falta de motivación interna en el sentido exigido por la norma, por los siguientes motivos. El primero es que la norma, como se ha apuntado, viene a

establecer la limitación en razón del impacto visual en el entorno. En tal sentido no ha habido ninguna valoración, más que la del precedente indicado de que el impacto debe ser lo más reducido, numéricamente hablando, posible, pero no hay ninguna valoración específica del impacto que produce en el entorno concreto. Es decir, olvida el criterio que la propia norma establece para permitir la excepcionalidad, y cuando menos debería haberse hecho tal valoración.

En segundo lugar, tampoco establece una relación con la necesidad de colocar la antena con dicha altura. Es decir, si hay una excepción a la regla general y la misma tiene relación con el entorno, lo razonable es valorar el equilibrio entre la verdadera necesidad de dicha altura y el impacto que produce y decidir si es más importante el favorecimiento del servicio de los usuarios y potenciales usuarios o el respetar un entorno con determinados valores. Es decir, no es lo mismo si la altura sigue un criterio de mejora en el servicio que si es de imprescindible necesidad, y no es lo mismo que la antena se encuentre en un entorno paisajístico o histórico patrimonial valioso que si no lo está. Según el único criterio municipal seguido, esto es irrelevante.

En el caso presente, y aunando los dos argumentos enunciados, nos encontramos con que se trata de una antena en un entorno industrial en donde la fealdad del mismo es difícil que pueda ser estropeada. En cuanto a la necesidad, la pericial aportada indica que es una antena con unas funciones específicas de “concentrador de transmisión” respecto de otras cuatro antenas. Es decir, tenemos de un lado un entorno urbano pobre desde el punto de vista paisajístico y patrimonial, y de otro una antena que sustenta el servicio de otras cuatro, con lo cual habría sido necesario, para denegarlo, una específica valoración en relación al único elemento u pauta que nos da la norma, que es el entorno, siendo de destacar que pese a exigirse un reportaje fotográfico, no hay ninguna valoración, buena o mala, del impacto de la antena en el entorno, cuando dicha exigencia obviamente sólo puede estar dirigida a que se valore tal cuestión.

Por todo ello, el acto no está suficientemente motivado en el sentido de que omite entrar en el examen del elemento al que la norma da relevancia hasta el punto de exigir una documentación específica, que es como si no hubiese existido, pese, a haberse presentado desde el principio.

Por todo ello, deben anularse las tres resoluciones recurridas, si bien no puede entrarse a resolver sobre la procedencia de autorizar la antena, y ello porque en ese caso el Juzgado suplantaría el examen discrecional que compete al Ayuntamiento, dado que el mismo no existe, y precisamente, una vez se emita, para lo cual se ordena retrotraer el asunto, y en caso de volver a ser negativo, si se recurre judicialmente se podrá hacer el pronunciamiento correspondiente si infringe las exigencias que la jurisprudencia impone a la discrecionalidad, pues en ese caso ya será posible hacer un control judicial efectivo.

Por otro lado, dado el criterio seguido de exigir que se compartan este tipo de estructuras de más de 30 metros, el pronunciamiento judicial sobre ello impediría establecer tal condicionamiento, al escapar a las facultades judiciales por no haberse pedido por ninguna de las partes, y podría dar lugar a una sucesión de nuevas solicitudes que crearía una zona de excepcionalidad respecto de tal precepto.

OCTAVO.- 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 General del Área de Urbanismo y Medio Ambiente y Gerente de Urbanismo de Zaragoza de 11-3-2011 que inadmitió el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la resolución de 9-12-2010 que había inadmitido por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto contra la de 30-9-2010 del Coordinador General del Área de Urbanismo y Medio Ambiente y Gerente de Urbanismo, que había denegado la licencia de obra y apertura para la instalación de una Estación Base de Telefonía Móvil en la Calle Alcalde Caballero nº 22 de

Zaragoza, debo anular y anulo la de 11-3-2011, declarando que debio haberse admitido el recurso de reposición, por lo que tambien anulo la de 9-12-2010 y, en su virtud, entrando en el fondo del recurso contra la de 30-9-2010, asimismo la anulo, mandando retrotraer el procedimiento para que por el Ayuntamiento se vuelva a resolver sobre la posibilidad de aplicar la excepcion a las antenas de más de 30 metros, valorando adecuadamente la necesidad de tal altura y el impacto en el entorno, y decidiendo en su caso sobre la posibilidad de imponer el posible uso compartido de la antena, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Así por esta Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.