
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 270/2002-B-I
Sentencia nº 38 (10-02-2003)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA URBANÍSTICA. DESESTIMACIÓN. ESTACIÓN BASE DE TELEFONÍA MÓVIL.

Normas Urbanísticas del PGOU y Ordenanza Municipal.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En Zaragoza, a diez de febrero de dos mil tres.

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 270/2002 Sección B/I seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente R.M., S.A., representada por el Procurador D. S.A.L. y de otra AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por el Procurador D. F.P.A. sobre Resolución publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza de 27 de junio, de la M.I. Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza, mediante la cual se desestimaba la solicitud de licencia de obras solicitada por R.M., S.A., cuyo nombre comercial es A.; para la instalación de una estación base de telefonía móvil en C/ El Lugarico de Cerdán, de Zaragoza, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.– Que mediante escrito de fecha 2 de septiembre de 2002, presentado en Decanato en fecha 4 de septiembre del mismo año, se interpuso por R.M., S.A. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

Resolución publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza de 27 de junio, de la M.I. Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza, mediante la cual se desestimaba la solicitud de licencia de obras solicitada por R.M., S.A., cuyo nombre comercial es A., para la instalación de una estación base de telefonía móvil en la C/ Lugarico del Cerdán, de Zaragoza.

Acordándose incoar procedimiento ordinario, el cual debería sustanciarse conforme a lo dispuesto en el art. 45 y ss. de la LJCA, 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 2 de diciembre de 2002 se acordó fijar la cuantía del recurso en Indeterminada, acordándose el recibimiento del procedimiento a prueba, practicándose las pruebas que fueron propuestas, admitidas y declaradas pertinentes con el resultado que obra en autos. Verificándose posteriormente el trámite de conclusiones.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.– Se recurre la resolución de 31-5-2002 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 El Lugarico de Cerdán, habiendo habido un error inicial al referirse a la C/ José Oto, que fue rectificado en el expediente.

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 obligado 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.

La solicitud el 3-3-1999 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 2ª 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 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.

Ahora bien, ello no se resuelve simplemente considerando cuál es la norma vigente que se aplica en el momento de resolverse, en concreto el 9-11-2001, sino cuando no se ha resuelto dentro del plazo, en el momento en que se debiera haber resuelto, de modo tal que el retraso en la resolución no puede perjudicar al solicitante, teniendo en cuenta además en este caso que se está alegando haberse 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 silencio negativo, 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, una vez la ley ha adoptado legislativamente dicho criterio jurisprudencial de un modo contundente, debe de aplicarse del mismo modo en cuanto a 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, como 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 3 de junio 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 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 que se ha respondido a tal cuestión en los PO 274/2001, 288/2001 y 289/2001, 297/2002, 286/2001, 292/2001, etc., 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.

A lo anterior se añade otro motivo para no haberse obtenido tal silencio, cual es que, como consta en folio 12, el terreno era, al presentarse la solicitud, No Urbanizable Genérico de Regadío Tradicional, por lo que requería, conforme al art. 6.2.9 de las NU del PGOU, la previa declaración de Utilidad Pública e Interés Social, además de que, antes de haber concluido el plazo para dictar sentencia, ya había entrado en vigor la LUA, cuyo art. 173 dice que se debe de aplicar la legislación vigente en el momento de resolver, y cuyos art. 24 y 25 exigen tal declaración, aunque luego la misma deviniese innecesaria como consecuencia de la aprobación de la Revisión del PGOU que tuvo lugar el 13-6-2001.

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, por razón de aplicar la

norma vigente en el momento de haberse resuelto la licencia, de conformidad con el art. 173 LUA, lo que obliga a su vez al examen de múltiples cuestiones.

OCTAVO.– 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 1.066/1991 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, sí que podría 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 regularización 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 restablecer 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, 210/1992 y 1982/1997 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.

NOVENO.— 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 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.

DÉCIMO.— 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 31-5-2002 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 El Lugarico de Cerdán, 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.