
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 3 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 286/2002-BJ. Sentencia nº 391 (23-12-2003)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA URBANÍSTICA. INSTALACIÓN ESTACIONES BASES DE RADIOCOMUNICACIÓN.

Normativa: estatal y municipal. Competencias.

Aprobación de Programa de Implantación. Silencio positivo: no procede.

Régimen transitorio y sancionador.

Procedimiento: normativa aplicable y plazos. Doctrina. Silencio positivo no procede.

Plan General: alturas máximas y elementos funcionales de las instalaciones de los edificios. Calificación urbanística de terrenos.

Potestad reglamentaria municipal: competencias, programa previo aprobado.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José Alfonso Tello Abadía

En la ciudad de Zaragoza, a 23 de diciembre 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 286/02 seguidos a instancia de I., S.A., representada por el Procurador D. C.B.G. y asistido por el Abogado D. I.R.S.F.C., contra la resolución de Acuerdo del Ayuntamiento de Zaragoza de 17/05/02 donde se desestima recurso de reposición interpuesto el 27/03/02 contra Acuerdo de esta misma Comisión de Gobierno de 18/01/02, donde se desestiman licencias urbanísticas deducidas por F.M.C.E., S.A. para instalar bases de radiocomunicación en distintos emplazamientos, representada por la Procuradora D^a N.C.A. y asistido por el Abogado D. J.M.M., resultan los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16/09/02 fue turnado a este Juzgado procedente del Juzgado Decano de los de esta ciudad, escrito interponiendo recurso contencioso administrativo contra la resolución arriba indicada. Mediante proveído de fecha 30/10/02, se tuvo por interpuesto dicho recurso y se reclamó el expediente administrativo a la Administración demandada. Recibido con fecha 20/11/02, se dio traslado a la demandante que con fecha 14/05/03 presentó demanda.

Mediante resolución de 15/05/03 se tuvo por evacuado el trámite y se dio traslado a la defensa de la Administración para que contestase a la demanda, evacuando dicho trámite mediante escrito presentado el 06/06/03. Mediante auto de fecha 09/06/03 se fijó la cuantía del presente procedimiento y se abrió el recurso a prueba, practicándose las admitidas a las partes con el resultado que obra en autos.

Con fecha 05/09/03 se declaró concluso el periodo probatorio y mediante resolución de 03/10/03 quedó el recurso para sentencia.

SEGUNDO.- En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y prescripciones legales a excepción del término para dictar sentencia debido al exceso de procedimientos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo presenta una serie de peculiaridades que interesa destacar: es, por ahora, el último de una larga

serie de recurso contencioso- administrativos interpuestos por diversas operadoras de telecomunicaciones contra un número considerable de resoluciones dictadas por el Ayuntamiento de Zaragoza por las que se denegaban solicitudes de licencia para la instalación de estaciones bases, bien de radiocomunicación, como sucede en el presente caso, bien el más común de telefonía móvil. En todos los demás casos, a diferencia de este, se acordó que por los recurrentes se formularan demandas separadas y diferentes por cada una de las solicitudes que resultaban denegadas, aquí no se acordó así, sin duda por descuido, y ello provoca que solicitudes que podrían tener un tratamiento diferente aparezcan acumuladas entre sí, pero no obstante, todas ellas tienen un elemento común en los razonamientos municipales, se deniegan por la falta de aprobación de un Programa de Implantación. Otra característica de esta sentencia, es que a diferencia de lo sucedido en otras demandas, no se discute la competencia del Ayuntamiento para dictar la Ordenanza cuya aplicación motiva la denegación de la licencia, y también que se trata de la primera que se dicta tras la entrada en vigor de la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, cuyo artículo 26.2 provocará una modificación de las circunstancias existentes hasta el momento de este ámbito concreto.

Pues bien, dado que la Ley 32/2003, no prevé una aplicación retroactiva, y que como es de ver en su redacción, provoca un cambio radical de la situación existente, pues, el planeamiento deberá recoger de manera obligada "las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas contenidas en los informes emitidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología...". Al no prever aplicación retroactiva, no existen motivos para que esta sentencia se separe de lo que ahora se ha venido señalando sobre esta materia por este Juzgado, aunque es evidente que la necesaria adaptación a las previsiones legales pone fecha de caducidad a dicha doctrina.

SEGUNDO.- Los motivos aducidos en el escrito de demanda son en esencia cinco, uno primero por el que se señala la parte que cinco de las licencias debieron entenderse concedidas por silencio administrativo de carácter positivo, pues cuando el Ayuntamiento requirió la aportación del Programa de Implantación, la licencia ya se había ganado por silencio administrativo de carácter positivo. Señala también la demanda que, la denegación de la licencia supone una infracción a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ordenanza de 30/05/2001, pues disponían las operadoras de un año para la legalización de las instalaciones. Infracción a lo dispuesto en el art. 76.3 de la LRJAP y PAC, pues el acuerdo de 18/01/2002 por el que se denegaban las licencias solicitadas se notificó con posterioridad a la presentación por la actora del Programa de Implantación. Respecto del Programa de Implantación que se presentó con fecha 22/01/2002, señalaba también que el mismo por aplicación del silencio administrativo positivo, debía entenderse autorizado por la Administración y en último lugar, señalaba la existencia de desviación de poder en la actuación administrativa.

Comenzando por la alegación relativa a la aprobación del Programa de Implantación por silencio administrativo positivo, debe decirse que, en principio, y por aplicación de lo dispuesto en el art. 43.2 de la LRJAP y PAC, sería posible obtener dicha autorización presunta, pero para ello se requeriría que el solicitante hubiese dado cumplimiento a la totalidad de requisitos necesarios para producir el acto presunto, y a la vista del expediente administrativo, resulta que el Programa de Implantación presentado, no solo no se refiere a la totalidad de instalaciones de las que es titular la actora, sino que tampoco contiene las prescripciones previstas en el art. 5.3.a) de la Ordenanza de referencia, pues no se contiene la disposición geográfica de la red, ni la ubicación concreta de los elementos y equipos que la constituyen, en relación con la cobertura territorial necesaria y comparativamente con otras soluciones. El programa presentado se limita a la presentación de diferentes fotografías de cada una de las instalaciones a que se refiere, a los planos de situación y a planos de la propia instalación, no se ofrecen datos que permitan

estimar la implantación en su conjunto, que es lo que en definitiva se pretende con la presentación del programa, de manera que al presentarse de forma incompleta, no puede apreciarse la resolución presunta que pretende el actor.

Señala también la demanda una infracción de lo dispuesto en el art. 76.3 de la LRJAP y PAC, conforme al cual, el interesado, hasta que le sea notificada la resolución por la que se le tiene por decaído en el trámite puede presentar la documentación que le permita cumplir dicho trámite. No es de aplicación el precepto en la forma que pretende la actora, y ello, porque en la resolución de 18/01/2002 no se le tuvo por decaído de su derecho por no haber completado algún trámite, sino que se denegaban una serie de licencias solicitadas en su día y ello no por la falta de presentación del Programa de Implantación, que sí podría permitir la aplicación del precepto señalado, sino por la no aprobación del programa mencionado, señalando que el iter temporal debe ser primero la aprobación del Programa de Implantación y después, solicitar la licencia referida a la instalación en concreto. De manera que la resolución se refiere de manera expresa a la aprobación y no a la presentación del programa, y no consta que se hubiese aprobado con anterioridad a la notificación de la resolución que denegaba las licencias. En definitiva, no se trata de un supuesto en el que se haya dado cumplimiento al trámite antes de ser notificada del acuerdo que archivó el expediente, por lo que no podrá estimarse el motivo señalado.

En relación con el motivo que se acaba de examinar esta el relativo a la infracción a la Disposición Transitoria Cuarta de la Ordenanza de 30/05/2001. En la que se dice: "Las instalaciones de telecomunicación para las que sea exigible un Proyecto de Implantación, establecidas sin la debida autorización, antes de la entrada en vigor de esta Ordenanza, habrán de adaptarse a lo previsto en ella mediante la tramitación de los necesarios expedientes de legalización, consistentes en su petición de inclusión en el oportuno proyecto de implantación y licencia de actividad clasificada posterior, en su caso, todo ello, en el plazo de un año, contado a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ordenanza. Las instalaciones de telecomunicación no legalizadas deberán ser retiradas de acuerdo con lo establecido en el art. 8.2 de la presente Ordenanza". Es evidente de su redacción, que la Disposición Transitoria referida, se está refiriendo de forma directa al régimen sancionador aplicable a las instalaciones que pudieran estar funcionando sin la debida autorización y a la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística sobre dichas instalaciones, estableciendo un periodo de un año para su legalización, y no como parece entenderlo la parte de imposibilidad del Ayuntamiento de denegar licencias que le sean solicitadas sobre dichas instalaciones. Tiene la Disposición Transitoria un alcance mucho más limitado del que pretende darle la parte.

TERCERO.- La alegación que procederá examinar a continuación es la relativa a la obtención de cinco de las licencias por silencio administrativo de carácter positivo, al haberse obtenido por dicho sistema antes de ser requerido para la presentación del programa de implantación. Se refiere a la contenida en el expediente 106.130/01, presentada a 30/01/2001 instalada en la "Autoescuela P.", Polígono 194, parcela , Ojo del Saz. Expediente nº 333.582/01, instalada sobre un edificio sito en la calle Asín y Palacios. Expediente nº 66.489/01, solicitada a 19/01/2001, instalada en Camino Torrepiqueros, polígono 172, parcela de Garrapinillos. Expediente 87.081/01, presentada con fecha 24/01/2001, instalada sobre un edificio de Avda. Tenor Fleta y expediente nº 3.673.305/00, presentada con fecha 27/11/2000 e instalada sobre un edificio en la calle Emilio Castelar.

La fecha de presentación de las solicitudes en el Ayuntamiento de Zaragoza fueron las reseñadas más arriba, 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. Por otra parte la Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicación por Transmisión recepción de Ondas Radioeléctricas se publicó en el BOP de 21/06/2001.

La fecha de presentación de la solicitud implica que la normativa adjetiva aplicable sea la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en la redacción dada por la Ley 4/1999 de 13 de enero que entró en vigor a los tres meses de su publicación, es decir, 14/04/1999. La normativa sustantiva de aplicación es la Ley 5/1999 Urbanística de Aragón, que entró en vigor al día siguiente de su publicación, el 7/04/1999, conforme a cuyo art. 173, la norma aplicable sería la vigente al momento de dictarse la resolución sobre la licencia.

No debe olvidarse que el retraso en la resolución del expediente, no puede suponer un perjuicio para el interesado, pues, manteniendo éste que obtuvo la licencia por silencio positivo y atendido que el art. 43.4.a) de la Ley 30/1992 impide dictar una resolución contraria al sentido del silencio, que se regula por la normativa vigente en el momento de producirse, es obligado tener en cuenta también la normativa vigente en el momento en que debió resolverse el expediente. 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 resolver 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.

Procederá examinar a continuación si concurrieron las circunstancias precisas para estimar la existencia de silencio positivo a lo que deberá añadirse la observancia de lo dispuesto en el art. 176 de la Ley 5/1999, que impide entender adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico.

Deberá examinarse la posibilidad de obtención de la licencia mediante silencio positivo conforme a lo dispuesto en el PGOU de 1986, y caso positivo no será preciso continuar adelante con la exposición, en otro caso y conforme al principio de norma más favorable del art. 197.4 de la LUA, habrá que examinar la existencia de silencio positivo con arreglo al Plan de 2001.

Principiando por el Plan de 1986 los otros dos Juzgados de lo Contencioso Administrativo con sede en esta Ciudad han tenido ocasión ya de pronunciarse sobre la materia, y procederá aquí asumir la doctrina que resulta de las citadas resoluciones, especialmente debe hacerse referencia a la sentencia de fecha 2/09/2002 dictada por el Juzgado nº 1 en el procedimiento ordinario 273/01 conforme al cual:

"Siguiendo pronunciamientos coetáneos al presente y realizados por el Juzgado de lo Contencioso nº 2 en asuntos idénticos al presente se ha de indicar que el art. 3.1.13 del PGOU de 1986, no se consideran incluidos en la altura máxima los elementos funcionales propios de las instalaciones de un edificio como depósitos de agua, refrigeradores, paneles solares, etc., con un máximo de 3 m. y sin que excedan de un plano inclinado de 45° trazado por el borde del alero. Pues bien, por muy flexible que se pueda ser en la interpretación de tales normas no puede admitirse el alegato que de forma principal se deduce en la demanda según el cual se incluirían las estaciones de telefonía móvil entre los elementos que no computan dentro de la altura máxima del edificio. Este tipo de antenas tienen por objeto servir al público en general y ello con independencia de que alguno de los vecinos pueda beneficiarse de la misma, si tiene contratado un teléfono móvil con la compañía recurrente, ya que esto será circunstancial y no por ser vecino sino en la medida en que esté en las inmediaciones de la antena y se sirva de la repetición de su señal. Es decir, la estación base, no sólo no entra en el mencionado concepto del art. 3.1.13, sino que el examen de los ejemplos de la

norma ya pone de relieve que son todos elementos necesarios o auxiliares de la vivienda, precisos para el cumplimiento de sus fines y destinados en exclusiva al servicio de sus moradores. Por otro lado, la antena es claro que sobrepasa el máximo de tres metros, aunque no lo sobrepase al caseta. Según resulta de los planos del proyecto pero es que el art. 3.1.13.1 no distingue según se trate de espacios cerrados o casetas o se trate de antenas o mástiles de otro tipo.

Es claro por tanto que la instalación de antenas en la cubierta de los edificios, contraviene el precepto que sobre la altura máxima establecía el art. 3.1.13 del PGOU de 1986 y que por lo razonado cabe calificar la misma como elemento funcional propio de la instalación y como tal excepción a la norma general que impone que no se superen la altura máxima de las edificaciones. Y ello en el convencimiento de que no estamos en presencia de un vacío normativo. La norma es clara al señalar que nada podrá construirse por encima de la altura máxima del edificio, establece una excepción conectada al servicio propio del mismo y con unas evidentes limitaciones de altura y de impacto visual. Pues bien, en este caso, como queda explicado, ni se dan las circunstancias para entender analógicamente que la antena debe calificarse como elemento funcional del propio edificio, pero es que además como tal excepción, al superar los tres metros de altura no podría ser en ningún caso autorizada."

De manera que no se obtuvo la licencia por silencio positivo, lo que obliga a comprobar si la resolución expresa se ajusta o no a la normativa en vigor en el momento de ser dictada.

En el PGOU de 2001 se regulan, en el art. 2.2.22, las construcciones que se admiten por encima de la altura máxima, y en lo que aquí no interesa dice: "sobre la altura máxima se permitirán también estructuras funcionales propias del edificio tales como pararrayos o antenas colectivas, las estructuras superpuestas ajenas a la función propia del edificio, como antenas o repetidores de comunicaciones, rótulos, logotipos, publicidad y otros análogos que no formen parte de la estructura portante ni de las instalaciones del edificio, solamente se admitirán en casos puntuales debidamente justificado y con sujeción a los criterios establecidos en las normas de ornato público, las ordenanzas municipales y en su caso las normas sectoriales que sean de aplicación."

El Plan parte del principio de prohibición de aquellas estructuras que superen la altura máxima del edificio, previéndose en el precepto transcrito las excepciones a la norma general. De manera que tratándose de una antena o repetidor que es ajeno a la función del edificio, tal y como ya se ha dicho más arriba, dichas instalaciones no pueden entenderse incluidas entre las estructuras funcionales propias del edificio. De manera que para que proceda la autorización de una antena o repetidor, tal y como se ha visto más arriba es preciso: que se trate de casos puntualmente justificados; sujeción a los criterios establecidos en las normas de ornato público; a las ordenanzas municipales y a las normas sectoriales aplicables. De manera que la aprobación requiere un examen puntual y concreto de la petición de que se trate, y al tratarse de una excepción a la norma general, que es la prohibición de superar la altura máxima del edificio, no pudo obtenerse por silencio positivo conforme al PGOU de 2001.

Para el caso de que se estime de aplicación la Ordenanza de 2001, tampoco correría mejor suerte la pretensión de haber obtenido la licencia por silencio, pues en todo caso sería preciso haberse aprobado el programa mencionado en el art. 4.1 de la Ordenanza y haberse solicitado la licencia con posterioridad a dicha aprobación para poder entenderla obtenida por silencio positivo, lo que no sucedió en el presente caso respecto de las antenas ubicadas sobre edificios.

Respecto de las instaladas sobre terrenos, se ignora todo lo relativo a la calificación urbanística de los mismos, lo que impide en primer lugar, conocer si se trata de un uso compatible con la calificación que corresponda, si se trata de Suelo Urbano o bien es Suelo Urbanizable no delimitado, como sucedía en el supuesto resuelto en la sentencia dictada por este mismo Juzgado con fecha 11/09/2002, en el procedimiento ordinario nº 342/01, seguido entre las mismas partes, o si se trata de Suelo No Urbanizable. Ninguna de estas circunstancias

constan, y no puede olvidarse que como se decía en esta última sentencia, para los dos últimos supuestos es preciso seguir la tramitación prevista en los arts. 23 y ss. de la Ley 5/1999, Urbanística de Aragón, que no consta se haya seguido. De manera que no constan acreditadas aquellas circunstancias que son necesarias para poder concluir que la licencia se ha obtenido por silencio administrativo de carácter positivo, siendo insuficiente a este respecto la sola mención de la fecha en que se presentó la solicitud, al no constar si se presentó la totalidad de documentación necesaria para poder obtener la licencia, ni lo que es más importante, la calificación urbanística del terreno en el que se asientan, al existir indicios de que hubiera sido necesario un procedimiento especial, que no consta que fuera instado en su día por la recurrente.

En definitiva, no puede compartirse con el actor que las mencionadas licencias se hayan obtenido por silencio administrativo positivo.

CUARTO.- Queda por examinar el último de los motivos de oposición, que se refería a la existencia de desviación de poder en la conducta de la Administración, pues se está impidiendo de esta manera por el Ayuntamiento la prestación del servicio de telecomunicaciones en el Municipio.

Para resolver el motivo debe recordarse que el fundamento en el que se basa el Ayuntamiento para denegar la licencia es en la falta de aprobación del Programa de Implantación, programa cuya obligatoriedad viene determinada por la Ordenanza de 31/05/2001. Sobre la competencia del Ayuntamiento para dictar este tipo de normativa ya se ha resuelto con anterioridad por este mismo Juzgado, y así se ha venido diciendo en las sentencias recaídas en los procedimientos ordinarios números 4, 7, 5, 32, 33 y 34/2002 seguidos ante este Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3:

«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 artículo 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 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 una norma sectorial, sino de los art. 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 21.1.c).

En cuanto a la impugnación de concretos preceptos de la Ordenanza, realmente sólo se han cuestionado los art. 4.3.a), 4.3.e) y 5.2, para lo cual se había

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 art. 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 a los art. 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 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 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 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 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, 210/1990 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 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, sin perjuicio de la futura aplicación del art. 26 de la Ley 32/2003. De manera que, no se trata de un supuesto de aplicación desviada de potestades públicas, sino de aplicación de la concreta Ordenanza aplicable al caso concreto, y por ello procede la desestimación del recurso por entender que la resolución impugnada se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico.

QUINTO.- No se aprecian motivos que justifiquen la imposición de costas procesales a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y además de general y pertinente aplicación al caso de autos,

FALLO

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por I., S.A. contra la resolución de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 17/05/2002 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra acuerdo de la misma Comisión de fecha 18/01/2002 que denegaba licencias de instalación de estaciones base de radiocomunicación. 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, contra la que podrá interponerse recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón dentro de los quince días siguientes a su notificación lo pronuncio, mando y firmo.