
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 277/2009. Sentencia nº 408 (16/06/2011)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

PROGRAMA DE IMPLANTACIÓN. ESTACIÓN DE TELEFONÍA MÓVIL.

Aprobación del Programa de acuerdo con las determinaciones de la Ordenanza Municipal de instalación de telecomunicación: no aplicabilidad de preceptos de la misma acumulados.

Exclusión improcedente de tres de las antenas. No se ha probado que incumplen la normativa técnica. Existencia de contestación ciudadana elemento insuficiente para no aplicación de las normas.

Adaptación del P.G.O.U. a la Ley General de Telecomunicaciones en materia de ocupación del dominio público o privado.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Ricardo Cubero Romeo

MAGISTRADOS

D. Jesús María Arias Juana (*Ponente*)

D^a Isabel Zarzuela Ballester

D^a Nerea Juste Díez de Pinos

En Zaragoza, a dieciséis de junio de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON (Sección Primera), el recurso de apelación número 277 de 2009, interpuesto por la A.I.D.S. representada por el Procurador de los Tribunales D. J.M.A.S. y asistida por el Letrado D. G.J.R., contra la Sentencia del Juzgado de lo contencioso-Administrativo número 3 de Zaragoza de fecha 3 de marzo de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 90 de 2067 -y los a él acumulados, números 154/2007 del mismo Juzgado y 92/2007 del Juzgado número 2-; habiendo comparecido como adherida la FEDERACION DE ASOCIACIONES DE BARRIOS S., representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. R.V.R. y asistida por el Letrado D. J.S.A. y como apeladas la compañía mercantil F.T.E.,S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. S.A.L. y asistida por el Letrado D. J.C.M., y el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. N.C.A. y asistido por el Letrado D. E.A.V.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo antes referido, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Zaragoza dictó Sentencia de fecha 3 de marzo de 2009, estimatoria de los recursos, sin hacer expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación de la Asociación I.D.S. solicitando de esta Sala su revocación y la desestimación de los recursos promovidos; siendo lo admitido dicho recurso, y dándose traslado a la representación de las demás partes que pudiera formalizar su oposición al mismo, evacuándolo la representación de la Federación de Asociaciones de Barrios S., solicitando la estimación del recurso de apelación y revocación de la Sentencia, y la representación de la parte actora, quien se opuso solicitando la desestimación del recurso con imposición de costas a la recurrente; y tras elevarse las actuaciones a la Sala, se celebró la votación y fallo el día señalado, 9 de junio de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada, con estimación de los recursos contencioso-administrativos acumulados interpuestos por la mercantil F.T.E., S.A.,

anuló las resoluciones recurridas en los siguientes términos:

La desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza de 27 de julio de 2006, por el que se había aprobado el Programa de Implantación de T.M. a solicitud de R.M., S.A. -en la actualidad F.T.E., S.A.-, salvo en cuanto a las antenas o estaciones base de telefonía móvil ubicadas en los edificios de las calles Gascón de Gotor 24, Gran Vía 26-Doctor Cerrada 29 y Pablo Ruiz Picasso 4, cuyos emplazamientos se había acordado debían ser sustituidos; actuación que es anulada en- cuanto a este particular, debiendo quedar incluidas en dicho Programa.

La resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de 12 de diciembre de 2006, por la que se acordó requerir a A.T., S.A. (O.) para que en el plazo de un mes procediera a la retirada de la instalación de antena de telefonía del referido emplazamiento de la calle Gascón de Gotor; actuación que queda anulada y sin efecto -advirtiéndose en la Sentencia que no obstante la alusión a dicha mercantil ello se trataba de un "lapsus calami" dado que en realidad la resolución iba referida a R.M., S.A., que era la titular de la antena-

Y la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de 23 de enero de 2007, por la que se acordó requerir a R.M., S.A., para que en el plazo de un mes procediera a la retirada de la antena de telefonía del emplazamiento de la calle Gran Vía 36-Doctor Cerrada 29; actuación que queda igualmente anulada y sin efecto.

A tales pronunciamientos llega el Juzgador, tras rechazar la excepción de falta de legitimación opuesta por la representación municipal, al concluir, en esencia, y partiendo de que el artículo 5.2 de la Ordenanza municipal de instalaciones de telecomunicación por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas en el término municipal de Zaragoza había sido anulado por la Sentencia de esta Sala de 26 de mayo de 2004, que, de los informes en los que se apoyaba la Administración para denegar las tres estaciones base en los referidos emplazamientos, cabía deducir que no habían sido cuestiones de orden técnico las que habían llevado a la exclusión de tales instalaciones, ni de orden netamente jurídico, sino más bien la existencia de una fuerte contestación ciudadana en relación a antenas o estaciones base de telefonía y su cercanía a colegios o zonas de juegos de niños, entendiéndose que no se ajustaba a Derecho tal decisión que de facto venía a aplicar una disposición, la referida, que establecía una distancia mínima a colegios y demás zonas de niños, que había perdido su vigencia por la citada declaración de nulidad; añadiéndose que por la mercantil recurrente se había aportado suficiente prueba que justificaba que las instalaciones en cuestión se encontraban autorizadas por la Administración del Estado y cumplían los requisitos de carácter técnico exigidos por la normativa estatal aplicable; sin, que se hubiera acreditado por las demandadas lo contrario, rechazándose, así mismo, en dicha Sentencia, la alegación efectuada por la Federación de Asociaciones de Barrios S. de incompatibilidad de las pretensiones de la entidad recurrente con el Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza.

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación únicamente por la Asociación I.D.S., aquietándose a su fallo el Ayuntamiento demandado y presentándose por la Federación de Asociaciones de Barrios S., al dársele traslado de aquella apelación, un escrito por el que venía a sumarse a las alegaciones del mismo y en el que se pedía su estimación, la revocación de la Sentencia y, en consecuencia, que se acordara la desestimación de los tres recursos contencioso-administrativos.

Lo primero que ha de ponerse de manifiesto, en relación con este último escrito, es que no puede calificarse el mismo de adhesión en los términos previstos en el artículo 85.4 de la Ley Jurisdiccional, en cuanto que mantiene la misma posición que la Asociación apelante, pretendiendo al igual que ella, pero extemporáneamente, dado que había transcurrido el plazo para la interposición del recurso de apelación, la revocación de la Sentencia y la desestimación de los recursos contencioso-administrativos. Por lo que tal pretendida adhesión ha de ser inadmitida. No obstante, también se ha de poner de manifiesto que la argumentación de la referida Federación en el mencionado escrito viene a coincidir con la que realiza la Asociación apelante, por lo que, al resolver esta apelación se da igualmente respuesta, pese a ser inadmisibles, al escrito de la primera.

TERCERO.- Sostiene la apelante, en la crítica que efectúa a la Sentencia recurrida, que se ha incurrido en error por parte del Juzgador al no ser cierto que la denegación de las tres instalaciones no se basa en argumentos técnicos ni jurídicos, sino que tal denegación viene amparada en el incumplimiento por parte de la Operadora recurrente de la normativa técnica aplicable, en cuanto no se ha justificado por ella la minimización de los niveles de exposición que exigen los artículos 8.7.d) del Real Decreto 1066/2001 de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público, radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas y 3.1.f) de 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.

Pues bien, no obstante las extensas alegaciones que efectúa la apelante en apoyo de su pretensión, es lo cierto que las mismas en modo alguno han desvirtuado los razonamientos contenidos en la Sentencia apelada, que en lo sustancial se aceptan y dan aquí por reproducidos y que determinan la desestimación del recurso. En efecto, el aludido artículo 5.2, de la Ordenanza municipal que establecía 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-, fue anulado por esta Sala en la referida Sentencia de 26 de mayo de 2006 -en recurso que había interpuesto R.M., S.A., al considerar que 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 excedía de la competencia municipal. Recordándose al respecto en dicha Sentencia que el apartado 7.d) del artículo 8 del Real Decreto 1066/2001 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 -se decía- había 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, cuyo apartado 3.1.f) dispone que “para las estaciones tipo ER1 y ER2, cuando en un entorno de 100 metros de las mismas existan espacios considerados sensibles (guarderías, centro 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”. Afirmándose en la Sentencia que la restricción al efecto impuesta en el precepto de la Ordenanza impugnado difería 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”; y 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, se concluyó que debía declararse nula.

Los informes en los que se apoyó la actuación recurrida para denegar el programa de implantación en los tres referidos emplazamientos aquí en cuestión, al acordarse que los mismos debían ser sustituidos, reconocen, como no podía ser de otra manera, la nulidad del tal precepto, si bien, con base en el mismo artículo 8.7 del Real Decreto 1066/2001 y en el artículo 3.1.f) de la Orden, se intenta justificar la decisión del desplazamiento al ser una forma de minimizar los niveles de emisión, y ello, se dice en el informe jurídico, a la vista de esta regulación normativa de carácter estatal y “en orden a conjugar los intereses de R.M.,S.A.-A.,SA con la especial sensibilidad ciudadana ante este tipo de situaciones puestas de manifiesto en las alegaciones” -cuestión en todo caso a cuya valoración y acuerdo que se estime

oportuno remite a la Corporación-.

Sin embargo, tal decisión, como acertadamente considera el Juzgador, viene de facto a amparar el mantenimiento del precepto de la Ordenanza anulado, por el que se prohibían las instalaciones de telefonía móvil a una distancia inferior a 100 metros de los denominados espacios sensibles, cuando la citada normativa estatal las permite expresamente, como ha quedado expuesto, si bien -se insiste- justificando la minimización de los niveles de exposición. Ni la resolución recurrida, que acuerda la sustitución de los tres emplazamientos en cuestión, ni los informes a los que se remite aluden a que el programa de implantación adolezca de falta de justificación de la minimización exigida. Justificación que, de no haberle constado a la Administración municipal, sí podría haberle exigido a la Operadora recurrente a fin de comprobar el cumplimiento de la normativa estatal. Pero lo que no podía, con base en una interpretación de la misma que viene a contrariar lo que en ella se dispone, era como hizo- prohibir tales concretas ubicaciones por el solo hecho de encontrarse a una distancia inferior a los cien metros de espacios sensibles.

Ha sido en el presente recurso jurisdiccional cuando las demandadas han venido a sostener el incumplimiento de la normativa estatal por la ausencia de justificación de la minimización de los niveles de exposición sobre los espacios sensibles. Incumplimiento que, pese a lo que se reitera, en modo alguno ha sido acreditado, resultando probado, por el contrario, como concluyó el Juzgador que las instalaciones en cuestión han sido autorizadas por el Estado y cumplen los requisitos técnicos exigidos en la normativa estatal. Y es que no cabe desconocer al respecto que la justificación de la minimización de constante mención se ha de hacer en el "Estudio de Niveles de Exposición" a incorporar en el procedimiento de solicitud de autorización de estaciones radioeléctricas que se ha de presentar en el Ministerio de Ciencia y Tecnología -ahora Ministerio de Ciencia e Innovación- conforme a los artículos 8 del Real Decreto 1066/2001 y 3 de la Orden CTE/23/2002. Así el apartado primero de este último artículo dispone que "los operadores que establezcan redes soporte de servicios de radiodifusión sonora y televisión y los titulares de licencias individuales de tipo B2 y C2 presentarán ante el Ministerio de Ciencia y Tecnología un estudio detallado, realizado por técnico competente, que indique los niveles de exposición a emisiones radioeléctricas en áreas cercanas a sus instalaciones en las que puedan permanecer habitualmente personas. Dicho estudio será incorporado en el proyecto o propuesta técnica necesarios para solicitar la autorización de las instalaciones radioeléctricas, según lo establecido en el capítulo I, título III, la Orden de 9 de marzo de 2000, por la que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico". Estudio que, como igualmente prevé tal precepto, ha de realizarse para cada estación radioeléctrica y debe incluir como mínimo la información que detalla, entre ella, en el reiterado apartado f), la justificación de la minimización de los niveles de exposición sobre los espacios considerados sensibles. Y en el presente caso, como así acreditó la Operadora recurrente, con la documental aportada al escrito de interposición del recurso de reposición contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza de 27 de julio de 2006 -adjuntada al interponer el recurso núm. 92/2007 del Juzgado núm. 2-, se realizaron y se presentaron ante el Ministerio, los Estudios correspondientes a los tres emplazamientos en cuestión, en los que se tiene en cuenta la existencia de espacios sensibles en el entorno de 100 metros, especificándose en cada uno las técnicas de minimización de niveles empleadas y afirmándose, tras las mediciones realizadas, en dos de ellos, que el nivel de emisión disminuye considerablemente "llegando a niveles que están muy por debajo de los niveles mínimos de exposición que establece la orden ministerial CTE/23/2002", y, en el tercero, que "el campo eléctrico estimado en los puntos sensibles una vez instaladas las antenas es altamente inferior al nivel de referencia (59,22 V/m)".

Todo lo cual determina, como se ha adelantado, la desestimación del presente recurso de apelación y confirmación de la sentencia recurrida.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer a la Asociación recurrente las costas del presente recurso de apelación ocasionadas a la mercantil apelada F.T.E., S.A, al desestimarse

totalmente el mismo y no apreciar la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

FALLO

PRIMERO.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la ASOCIACION I.D.S. contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo numero 3 de Zaragoza de fecha 3 de marzo de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Jurgado con el número 90 de 2007 -y los a él acumulados, números 154/2007 del mismo Juzgado y 92/2007 del Juzgado número 2-.

SEGUNDO.- Imponemos las costas del presente recurso de apelación ocasionadas a la mercantil apelada F.T.E., S.A., a la Asociación recurrente.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.