

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

PROGRAMA DE IMPLANTACIÓN. ESTACIÓN DE TELEFONÍA MÓVIL.

Denegación improcedente. Motivación no amparada en informes municipales favorables.

Retrotracción del expediente de licencia considerando que la estación queda incluida en el Programa de Implantación.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar Garcia

En Zaragoza, a diez de diciembre de dos mil nueve.

Don JAVIER ALBAR GARCIA, MAGISTRADO-JUEZ de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza y su Partido, habiendo visto los presentes Autos de Procedimiento Ordinario 34/2009-BM seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente V.E.,S.A., representada por la procuradora Sra. C.I. y asistida de la Letrada Dª E.A.C. y de otra AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA representada por la Procuradora SRA. C.A. y asistida del Letrado D. J.M.M. sobre denegación incorporación Base Calle Altair 2, de Zaragoza, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha 28.01.09 se interpuso por V.E.,S.A. recurso Contencioso-Administrativo contra la siguiente actuación:

Resolución dictada por el Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 23.12.08 que desestima recurso de reposición interpuesto de fecha 05.08.08 contra resolución del Ayuntamiento de fecha 30.05.08 que deniega la incorporación de la estación base sita en la calle Altair 2 de Zaragoza al Programa de Implantación de V.E.,S.A. aprobado por acuerdo plenario de fecha 27.07.06.

Ampliación recurso a la Resolución del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 19 de Enero de 2009, por la que se acuerda denegar licencia urbanística y de apertura a V. para la instalación de una Estación base en la Calle Altair nº 2 de Zaragoza, por no estar incluida en el Plan de Implantación.

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 Auto de fecha 23.09.09 se acordó fijar la cuantía del recurso en Indeterminada superior a 18.031 euros.

Que por la parte recurrente se solicitó el recibimiento a prueba, así como 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 23-12-2008 del Pleno del

Ayuntamiento que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la de 30-5-2008 que había denegado incluir la estación base de telefonía móvil de la calle Altair, 2 en el Programa de Implantación de V.E.,S.A. aprobado el 27-7-2006 por el Pleno.

Se recurre asimismo la consiguiente resolución de 19-1-2009 que denegó la licencia urbanística y de apertura de dicha instalación base por no estar incorporada al Programa de Implantación.

Se alega falta de motivación así como falta de fundamento para la denegación.

SEGUNDO.- Como primera cuestión, hay que indicar que ha de resolverse en primer lugar lo relativo al Programa de Implantación, y en caso de que se desestime el recurso, sería una consecuencia necesaria la desestimación del recurso respecto de la licencia. Por el contrario, la eventual estimación del recurso contra la denegación de la incorporación al programa de implantación, a lo que llevaría es a anular la denegación de la licencia por desaparición del motivo de la denegación y a la retroacción para que por el Ayuntamiento se examine si la misma, superado tal obstáculo, debe de concederse o, por el contrario, se debe denegar por cualquier otro motivo, ya que realmente no se ha examinado el fondo de la cuestión.

TERCERO.- Empezando por la denegación de la incorporación de la antena al Programa de Implantación de V.,S.A., se alega falta de motivación.

En la resolución inicial se dice que se acordó lo siguiente: *“UNICO.-Tener por no incorporada la estación base de telefonía móvil sita en la calle Altair nº 2, al Programa de Implantación de V.E.,S.A. aprobado por acuerdo plenario de fecha 27 de julio de 2006, a solicitud de D. J.M.F. en representación de dicha operadora”*. En el mismo sentido, al resolver el recurso de reposición, en el que se invocó la falta de motivación se dijo *“Único- No aprobar la propuesta de estimación del recurso de reposición interpuesto por Doña O.S.G.” en representación de V.E.,S.A. y por tanto, no tener por incorporada la estación base...”*.

El art. 54 de la Ley 30/1992 obliga a motivar, entre otros, tanto los actos limitativos de derechos subjetivos o intereses legítimos como los que se dictan en el ejercicio de potestades discrecionales. En este caso estamos ante uno con ambas características, ya que va a limitar un derecho a establecer una antena de telefonía móvil, y tal limitación se mueve dentro del relativo ámbito de discrecionalidad del programa de implantación que regula la ordenanza de 30-5-2001, BOP de 21 de junio, sobre instalaciones de telecomunicación por ondas radioeléctricas, en el que se consideran diversos parámetros de conveniencia, como el reparto geográfico, la posibilidad de agrupar antenas, la posibilidad de otras alternativas, etc, art. 5 de la Ordenanza.

La motivación se convierte en la piedra angular del estado de derecho en relación con las actuaciones administrativas, ya que la prescripción de la arbitrariedad, art. 9.3 CE en la actuación administrativa y especialmente en los actos que se recogen en el art. 54 citado, se consigue precisamente por la exteriorización del proceso interno que lleva a la toma de decisiones, de modo tal que éstas respondan a criterios de razonabilidad, cuya existencia no se puede conocer si no hay una mínima motivación. Su falta de conocimiento implica la imposibilidad material de ejercer una defensa adecuada frente a un acto cuyas razones últimas se desconocen y por ello no pueden ser combatidas con argumentos racionales, siendo un motivo suficiente de anulación de los actos, STS 2-12-2008, 29-5-2006, 9-7-2006.

Por otro lado, la falta de motivación puede ser tanto cuando no existe en absoluto como cuando la misma es absolutamente estereotipada y desvinculada de los hechos concretos relativos al acto o manifiestamente irrazonable.

A su vez, hay cierta flexibilización en cuanto a sus formas, de modo tal que aunque no se contenga en el acto administrativo, de forma directa, lo haga por remisión a los informe sobrantes en el expediente.

CUARTO.- En el caso presente, no es que no haya motivación alguna, sino que la misma no se puede amparar tampoco en los informes del expediente, antes bien, los informes eran favorables a la concesión de la incorporación solicitada, en concreto el de 13-3-2008 del Servicio Jurídico de Planificación y Diseño Urbano, 89

a 94, que proponía tener por incorporada la estación base y desestimar las alegaciones de los vecinos, lo cual razonaba fundadamente. Dicho informe, se repitió en su mismo tenor el 20-5-2008 por el Servicio Jurídico de Ordenación y Gestión Urbanística, folios 96 a 100, el cual a su vez se remite a otro de 11-9-2007 del Servicio de Planificación y Diseño Urbano y al 28-9-2007 de la Comisión Municipal de Patrimonio Histórico. No obstante ello, el Pleno, sin la más mínima argumentación, votó en contra Y no sólo eso, sino que, cuando se recurrió en reposición, invocando precisamente esa falta de motivación, y tras proponerse la estimación del recurso por el Gerente de Urbanismo, se reincidió en esa falta de argumentación, como se ha visto, todo lo cual supone una auténtica burla al dicho deber de motivación, ya que si los actos deben de ser motivados, con más razón deben de serlo cuando los informes técnicos son de sentido contrario a la resolución que se toma, pues debe argumentarse en contra de los mismos, y más todavía cuando expresamente se ha denunciado tal falta de motivación, ante la cual ya es absolutamente inexcusable el deber de dar una justificación.

Por ello, resultan inanes los esfuerzos del letrado consistorial tratando de justificar lo que debió de justificarse por el Pleno, no correspondiéndole a él, por más que se agradezca el esfuerzo, suplir semejante laguna, que no puede ser solventada en vía judicial, estando en una Jurisdicción revisora que examina el actuar administrativo previo, y no el que se pueda querer producir en el seno del procedimiento.

Por otro lado, la ... pretende basar el letrado en la intervención de D. M.M.G., presidente de la Asociación de Vecinos Aldebarán, contraria a la incorporación, pero ello no podría, incluso aunque se pudiese suplir ahora en vía judicial la falta de motivación, servir tampoco para fundamentar el acto. En primer lugar, porque tal intervención existió, folio 20 y 21 del expediente 950.917/08, pero no se unió al expediente, y sólo consta por la transcripción que se ha hecho en la contestación. En segundo lugar, porque se trata de una intervención de una asociación, no de un informe obligatorio de un expediente, en tercer lugar, porque es una asociación privada, carente de representación institucional, que se erige en portavoz de los vecinos que pertenezcan a esa asociación, no de todos los vecinos de la zona, y, finalmente, porque lo menos que se debería de haber hecho, en ese caso, es invocar las razones dadas por dicho interviniente. Finalmente, cabe resaltar que lo manifestado por dicha asociación no pudo ser siquiera debatido, negando la palabra el Alcalde al Concejal señor G.

Por todo ello, debe anularse el acto por falta de motivación, y, siendo que no se ha dado una sola razón para desestimar la petición, habiendo por el contrario informes favorables, los antes citados, que acreditan el cumplimiento de los requisitos de la Ordenanza, por lo que debe de ser reconocido el derecho a la incorporación de dicha estación-base en el Programa de Implantación.

QUINTO.- Correlativamente a lo anterior, debe de 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 fue 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.

En todo caso, cabe recordar, en relación con la cuestión de la autorización de la Comunidad de propietarios, lo que se decía en la Sentencia de 21-4-2009, P.O. 271/2008 *“SEGUNDO.- Con relación a lo primero, el citado precepto 7.3.1 de la Ordenanza dice que las solicitudes de licencia deben de estar acompañadas de los documentos que expresen la conformidad del titular del terreno o inmueble sobre el que se instalen las infraestructuras, exigiéndose en el caso de una comunidad la presentación del acta de la comunidad en la que se expresa el voto favorable.*

Sería cuestionable la posibilidad de exigir dicha documentación, al menos como requisito esencial, ya que, como alega el Ayuntamiento, tanto el Art. 173 LUA como 140 del D. 347/2002 de 19 de noviembre que regula el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras en la C.A. de Aragón establecen que las licencias se conceden dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros. Ello

mantiene un principio habitual en la normativa de intervención administrativa, que separa o delimita uno y otro ámbito, de modo tal que ni el acuerdo de terceros puede afectar a las potestades administrativas, ni éstas pueden ni prejuzgar las decisiones en el ámbito privado ni tampoco establecer un control de legalidad de las mismas. Desde ese punto de vista, podría haber un exceso reglamentario en cuanto se rompe con ese principio de rango legal y parece que se viene a imponer una suerte de control jurídico civil a cargo del Ayuntamiento. Llevado a sus últimas consecuencias podría suponer inmiscuirse en la vida de la comunidad, hasta el punto de, siendo coherentes, tener que verificar si se cumplió el quórum, si los que asistieron representados estaban válidamente representados, etc. Por ello, una interpretación racional del precepto obliga a entender tal documento como uno más, que aporta una información, en la medida en que el mismo pueda influir en la decisión, si por ejemplo se hace preciso pasar por algún lugar de uso restringido o reservado a un titular y éste se opone, etc, pero en ningún caso puede condicionar la concesión de la licencia, además de que puede obtenerse la licencia sin tener ese consentimiento y confiar en obtenerse después, ya que precisamente puede posponerse tal negociación el hecho de que desaparezcan los obstáculos administrativos, no teniendo sentido contratar un arriendo, por ejemplo, sin saber si se va a tener autorización. Eso ocurre también con otro tipo de autorizaciones, como pueda ser cerrar una galería, en la que la licencia municipal, que atiende a la normativa urbanística o administrativa, no prejuzga el consentimiento de la comunidad de propietarios, ni tampoco puede verse condicionada por ésta. Lo mismo ocurre con las licencias de establecimientos, que pueden concederse en espera de que se obtenga el arriendo, compra o cesión del local en donde se han de ejercer. Por tanto, si no puede denegarse la licencia por falta de dicho consentimiento o por haber oposición expresa, con menos razón puede denegarse si no se presenta la documentación, cuya exigencia sólo puede tener un carácter informativo.

Por otro lado, la realidad es que el consentimiento existe, pues se aportó un contrato de arriendo entre la comunidad y la antena, folios 13 y siguientes, nada menos que de 3-5-1999, no pudiendo un tercero, en este caso una asociación sin relación alguna con la comunidad, cuestionar ni la validez, ni la duración del contrato, que, a la vista del tiempo transcurrido sin que conste la más mínima oposición, es claro que habrá venido prorrogándose. En todo caso, lo que sorprende es que quien invoca esa supuesta, o más bien hipotética, falta de consentimiento no se haya molestado ni en emplazar a la comunidad ni en citar a testificar a su legal representante.

Lo anterior impide a este Juzgado plantear por vía de cuestión de legalidad la posible ilegalidad del precepto debatido, pues para ello habría sido preciso que se hubiese denegado la licencia con base en tal precepto, Art. 27.1 LJCA cuando aquí, precisamente, lo que ocurrió es que se concedió.”

Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que lo que alega el letrado municipal sobre el posible uso de la terraza de varios vecinos pueda finalmente ser un obstáculo si no cuenta con el asenso de los mismos.

SEXTO.- Dado lo razonado anteriormente y la contumacia en la falta de motivación del asunto, que sitúa las resoluciones recurridas en los lindes de la arbitrariedad, procede imponer las costas al Ayuntamiento, sin que puedan exceder en ningún caso los 2.000 euros, todo ello de conformidad con el 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. contra la resolución de 23-12-2008 del Pleno del Ayuntamiento que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la de 30-5-2008 que había denegado incluir la estación base de telefonía móvil de la calle Altair 2 en el Programa de implantación de V.E.,S.A aprobado el 27-7-2006 por el Pleno así como contra la resolución de 19-1-2009 que denegó la licencia urbanística y de apertura de dicha instalación base por no estar incorporada al programa de implantación, debo anular y anulo ambas, y, en su virtud:

PRIMERO.- Declaro el derecho de la recurrente a que dicha antena se incluya en el Programa de Implantación citado.

SEGUNDO.- Acuerdo 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.

Procede imponer las costas al Ayuntamiento, sin que puedan exceder en ningún caso de 2.000 euros.

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