

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA URBANÍSTICA. ESTACIÓN DE TELEFONÍA MÓVIL.

Acción pública urbanística. No cubre los intereses particulares de tercero.

Normativa Urbanística Municipal permite la instalación de Antena de Telefonía.

Inexistencia de acta de Comunidad de Propietarios. Aplicación del principio de concesión de licencia salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros.

Inecesariedad de la licencia de actividad clasificada para las antenas de telefonía.

Requisito de licencia municipal de apertura.

Apelación genérica al principio de prevención. Imposibilidad de acreditar riesgos a la salud de la actora.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José Javier Oliván del Cacho

En Zaragoza, a 2 de marzo de 2009.

En nombre de S.M. el Rey, el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Javier Oliván del Cacho, Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de los de Zaragoza, habiendo visto el procedimiento ordinario 68/2008, en el que ha sido actora la Asociación I.D.S., representada y con asistencia Letrada de D. S.M.M., y como demandados el Ayuntamiento de Zaragoza, representado por Doña N.C.A., Procuradora, con asistencia del Letrado Consistorial y T.M.E., representada por Doña L.R.A., Procuradora, con asistencia Letrada de D. J.F.T., siendo objeto del recurso la resolución de 3 de abril de 2008, del Coordinador General del Área de Urbanismo, Vivienda, Arquitectura y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Zaragoza.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 23 de junio de 2008 se interpuso recurso Contencioso-administrativo contra la resolución de 3 de abril de 2008, del Coordinador General del Área de Urbanismo, Vivienda, Arquitectura y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Zaragoza.

SEGUNDO.- Con fecha 2 de octubre de 2008, el Letrado Sr. D.M. presentó escrito de demanda, en cuyo suplico interesaba que se dictara una Sentencia estimatoria, dejando sin efecto la licencia impugnada con “la ordenación con carácter urgente y prioritario del corte de suministro de energía eléctrica a la instalación e instando como igualmente se interesa en reposición la retirada física de la instalación”.

TERCERO.- Con fecha 5 de noviembre de 2008, la representación municipal se opuso a la demanda.

CUARTO.- Con fecha 29 de diciembre de 2008, se presentó por la codemandada escrito de oposición a la demanda.

QUINTO.- Presentados los correspondientes escritos de conclusiones, los Autos quedaron conclusos para Sentencia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se impugna en esta litis la confirmación de la licencia de obras y de apertura en relación con una estación de telefonía móvil.

SEGUNDO.- Del expediente administrativo cabe derivar los siguientes elementos fácticos:

1.- Presentada solicitud de licencia urbanística y de actividad, con fecha 22 de junio de 2007 se informó que no había nada que objetar desde la perspectiva del patrimonio histórico (folio 60).

2.- Con fecha 26 de octubre de 2007 (folio 61), se informó que referido Programa de Implantación resuelve la reserva a su instalación contenida en el art. 2.2.22.3 de las NN.UU. y art. 4.4.1 de la Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicación por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas en el término municipal de Zaragoza” (folio 61).

3.- A los folios 62 y siguientes obra informe jurídico y propuesta de resolución, del siguiente tenor:

“3.- *Las solicitudes de licencia referidas a actuaciones previstas en esta Ordenanza, definidas como actividades calificadas, estarán acompañadas de la documentación prevista en la ordenanza municipal correspondiente y, además, de la documentación y datos complementarios que a continuación se señalan:*

3.1.:

Acreditación del peticionario de estar en posesión de la autorización administrativa o título habilitante para la utilización u organización del espacio radioeléctrico otorgado por las Administraciones pertinentes en tema de telecomunicaciones.

- Documentos que expresen la conformidad del titular del terreno o inmueble sobre el que se instalen las infraestructuras. Si el inmueble pertenece a una comunidad de propietarios, deberá presentarse el acta de la comunidad en la que se exprese el voto favorable a dicha instalación, según lo establecido en la Ley de Propiedad Horizontal.

- Descripción y justificación de las medidas correctoras adoptadas para la protección contra las descargas eléctricas de origen atmosférico.

- Documentación fotográfica y escrita que permita evaluar el impacto paisajístico previsible con referencia al emplazamiento y descripción del entorno en el cual se implanta.

- Impactos ambientales producidos por ruidos y vibraciones y por la expulsión forzada de aire caliente o viciado.

- Medidas correctoras que se propone instalar para eliminar dichos impactos y grado de eficacia previsto.

- Datos de la antena:

(...)

- Plano de emplazamiento sobre la azotea del inmueble o sobre el solar, con definición de una zona de exclusión de 10 metros de radio (...).

No obstante lo anterior la Sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el recurso 570/01-C declaró nulo el inciso obrante en el apartado 3.1 del artículo precitado que decía textualmente con definición de una zona de exclusión de 10 metros de radio.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

SEGUNDO.- El artículo 4.5 de la Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicación regula las condiciones urbanísticas de tales instalaciones disponiendo textualmente lo siguiente:

“5.- Las instalaciones pertenecientes a los elementos y los equipos de telecomunicación podrán instalarse en:

a.- Cubierta de edificios o construcciones, cuando dispongan de la tecnología y el diseño que consigan el menor tamaño, la menor complejidad, la máxima reducción de impacto ambiental y visual y dispongan de las condiciones de seguridad adecuadas para personas y bienes. Cuando se trate de cubiertas planas, las antenas se colocarán sobre las mismas con un retranqueo respecto a cualquiera de las fachadas del edificio igual a su altura disminuida en 3 metros, con un mínimo de 2 metros. Las condiciones de seguridad adecuadas para personas y bienes se describirán en el proyecto del técnico competente, visado por el colegio oficial correspondiente.

b.- Las mismas condiciones anteriores se aplicarán a las cubiertas inclinadas. No podrán instalarse en los paños que viertan hacia las fachadas,

debiendo ubicarse en cualquiera de los recientes a las zonas interiores del edificio o en los paramentos de los patios de ventilación.

Asimismo, podrán adosarse sobre los paramentos verticales en los terrenos de los inmuebles cumpliendo las normas urbanísticas municipales de altura y retranqueo.

c.- La altura se considerará desde el techo de la última planta hasta la coronación del punto más alto de la antena o mástil en cualquiera de las situaciones anteriores, no sobrepasando en ningún caso un tercio de la altura de edificio o, alternativamente, 10 metros.

d.- Los contenedores vinculados a cada una de las estaciones de telefonía situados sobre las cubiertas de los edificios no computarán en el cálculo de la edificabilidad del edificio, cumpliendo las siguientes condiciones:

Dimensiones máximas:

Superficie: 8 metros cuadrados. Altura: 3,50 metros.

e.- La ocupación en planta del conjunto de las estaciones de telefonía situadas en la cubierta de un edificio no superará el 20 % de la superficie de aquélla (...)

El artículo 2.2.22.3 de las NN.UU. del PGOU de 2002 permite sobre la altura máxima del edificio las estructuras superpuestas ajenas a la función propia del edificio, solamente en casos debidamente justificados y con sujeción a los criterios establecidos en las Ordenanzas municipales, y en su caso, a las normas sectoriales que les sean de aplicación.

TERCERO.- El artículo 4.1 de la Ordenanza Municipal precitada exige que las instalaciones o modificación de los elementos o equipos de telecomunicación por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas, antenas, estaciones base, radioenlaces y cualquier otro tipo de instalaciones destinadas a prestar el servicio de telefonía móvil u otros servicios de telefonía radio requieran la aprobación previa de un Programa de Implantación que contemple el conjunto de toda la red dentro del término municipal”.

4. El Consejo de Gerencia, en sesión de 30 de octubre de 2007, acordó conceder una licencia urbanística y apertura para la instalación de una estación base de telefonía.

5. Con fecha 14 de diciembre de 2007, la actora interpuso recurso de reposición sobre la base de los siguientes argumentos, a saber: a) incumplimiento de la Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicación, al no presentarse el acta de la comunidad en la que se exprese el voto favorable a dicha instalación, b) falta de informes técnicos, c) incumplimiento del Plan General de Ordenación Urbana, d) inadecuación del tipo de licencia concedida, e) procedencia de verificar la instalación ya existente, y e) existencia de una zona sensible.

6.- Con fecha 31 de marzo de 2008, se emitió informe, en el que se propuso la desestimación del recurso con base en lo que sigue:

“SEGUNDO.- En relación a la alegación de la inexistencia del acta de la Comunidad de Propietarios en la que se exprese el voto favorable a dicha instalación tal y como exige el artículo 7.3.1 de la Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicación por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas se informa que no puede prosperar tal argumento ya que el artículo 173 de la Ley Urbanística de Aragón dispone que las licencias se otorgan dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero.

A mayor abundamiento, el artículo 140 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón establece idéntica regla para todo tipo de licencias.

Por tanto, las normas antedichas de rango superior prevalecen sobre la norma municipal y, como no puede ser de otra forma, atendiendo al principio de jerarquía normativa sancionado en los artículos 9. 3 y 103 de la Constitución y 62.2 y 102.2 de la LRJ y PAC.

TERCERO.- En relación a la alegación de falta de informe técnico se considera que la existencia del único informe técnico obrante en el expediente resuelve los aspectos a informar desde el punto de vista de la competencia municipal, es decir, el art. 2.2.22.2 de las Normas Urbanísticas del Texto Refundido del PGOU de 2002 y

el artículo 4 de la Ordenanza Municipal precitada.

La parte recurrente no determina qué preceptos debían ser informados por el técnico municipal por lo que no puede atenderse una invocación general de aplicación del Plan General a un asunto tan concreto en que los aspectos a concretar (altura, retranqueo, dimensiones de la caseta, ocupación de la cubierta) son sumamente limitados.

CUARTO.- En relación a que la situación a) del artículo 2.6.5 de las Normas Urbanísticas del PGOU de 2002 el uso pretendido no está permitido, debe advertirse que dicho artículo se refiere a la implantación de usos en las plantas de edificios, ya sean sótanos, semisótano, baja oalzada, y que en modo alguno, prevé la implantación de usos en las cubiertas de los edificios.

La interpretación de la parte recurrente supone que en la situación a), es decir, un uso en un edificio con viviendas y con acceso común a éstas y al considerar la actividad infraestructuras de la telecomunicación a tenor del artículo 2.7.14.2 apartado c) de las Normas Urbanísticas del PGOU de 2002 no podría implantarse antena alguna, teniendo en cuenta el artículo 4.3.20.3 F del PGOU de 2002 en el término municipal de Zaragoza.

De seguir la interpretación que la parte recurrente se llegaría al absurdo de que la Ordenanza Municipal que regula estas instalaciones sólo tendría sentido para las que se ubiquen sobre el propio terreno a tenor del artículo 4.5 apartado f) de dicha Ordenanza, y por tanto carecería de sentido el apartado a) del mismo que prevé tales instalaciones sobre la cubierta de edificios o construcciones al estar prohibidas.

La tesis de la parte recurrente no se sustenta por cuanto el artículo 4.5 apartado f) se remite al texto refundido del PGOU de 2002 para determinar si el uso se admite en cada emplazamiento, por el contrario la finalidad del artículo 4.5 apartado a) y artículo 1 de tal norma, que no remiten al PGOU de 2002 como sí hace el otro apartado, es regular las condiciones urbanísticas de ubicación, instalación y funcionamiento de los elementos y equipos de telecomunicación por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas, antenas, estaciones base, etc, permitiendo con carácter general su emplazamiento sobre la cubierta de los edificios y construcciones.

Se considera que la Ordenanza Municipal es la norma específica a aplicar a estos supuestos concretos (sobre la cubierta de construcciones y edificios) y así lo hace el propio Plan en el artículo 2.2.22.3 de las Normas Urbanísticas del PGOU de 2002 que remite a la regulación contenida en las Ordenanzas Municipales.

QUINTO.- Respecto a la discusión relativa al tipo de licencia tramitada, que la parte recurrente afirma que debiera haber sido licencia de instalación, conviene tener en cuenta los artículos 60.3 apartado b) y Anexo VII apartado d) de la Ley de Protección Ambiental que disponen que las antenas de telecomunicación no son actividad clasificada y por tanto requieren licencia municipal de apertura.

Por tanto, no puede prosperar la lectura sesgada del artículo 159 del Decreto 347/2002, ya citado anteriormente.

(...)

SEPTIMO.- En relación a la ubicación de tal instalación en un entorno sensible de los definidos en el artículo 8 del Real Decreto 1066/01, 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 se deduce de tal precepto que tales instalaciones no están prohibidas sino que se establece que el nivel de emisiones se reducirá en la mayor medida posible por lo que la mera ubicación en tales entornos no es obstáculo a la concesión de la licencia.

A mayor abundamiento, el artículo 5.2 de la Ordenanza Municipal mentada que establecía un radio de 100 metros respecto a guarderías, escuelas de enseñanza infantil y ciclos obligatorios y centros de salud en los que no puede instalarse estación de base alguna está anulado por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia en el recurso 570/01.

El control de los niveles de exposición radioeléctrica con base al artículo 8 del Real Decreto citado compete al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que deberá atenderse al Anexo II dicho Reglamento, aspecto que no puede ser analizado en el

informe municipal”.

7.- Con fecha 3 de abril de 2008, se desestimó el recurso de reposición, lo que se impugna en esta litis.

TERCERO.- El Sr. Letrado de la parte actora ha desarrollado algunos de los argumentos ya expuestos en vía administrativa. Así, en primer lugar, ha defendido la vulneración del art. 7.31 de la Ordenanza de referencia, al no aportarse “acta de la comunidad de propietarios en el que se exprese el voto favorable a dicha instalación”.

En segundo término, se apela a la normativa urbanística, de acuerdo con lo que sigue:

“Para desestimar la alegación de A. referida a la aludida infracción de las NNUU, la Administración desarrolla una argumentación interesada basada en la interpretación de las NNUU en virtud de la cual el art. 2.6.5 del PGOUM, al regular las situaciones de los usos, cuando dice textualmente: “... sótano, semisótano, baja o alzada” está excluyendo a la cubierta de la edificación, como si ésta no estuviera incluida en la alzada de la misma. De esta forma, aludiendo esta vez a la norma específica, anteriormente denostada, aplica un precepto (de la Ordenanza que desde luego no modifica las condiciones del planeamiento alterando las condiciones de uso, aunque sí habla de “cubiertas”) para justificar la falta de aplicación de una Norma de necesario cumplimiento, en este caso urbanística.

(...)

La disposición recurrida se dicta al margen de la legalidad, permitiendo un uso no permitido según las NNUU en la ubicación donde radica el objeto de la licencia, siendo este argumento (de uso no permitido) el que la misma Administración emplea para desestimar solicitudes (de) licencias a su conveniencia, tal y como se desprende de la resolución que se aporta como Documento 1”.

El tercer argumento tiene que ver con la vulneración del principio de precaución, que sería especialmente aplicable, a juicio de la actora, a tenor de la cercanía de la escuela infantil Pirineos.

CUARTO.- Contestando a los alegatos de la parte recurrente y valorando la incidencia que puede tener la falta de aportación del acta correspondiente de la Junta de Propietarios (donde se refleje el acuerdo favorable a la implantación de esta instalación), este Juzgado debe señalar, de entrada, que obra a los folios 33 y 34 contrato de arrendamiento (o parte de él) relativo a la implantación de una infraestructura de esta naturaleza por parte de la mercantil N.,S.A. De ahí que, en principio, exista un principio de presunción favorable en orden a la existencia del consentimiento de la Comunidad de Propietarios.

Pero lo que resulta absolutamente determinante para desestimar este alegato es que resulta imposible que una regla (dirigida a proteger una situación jurídico-privada, como es el respeto a las facultades dominicales de los correspondientes titulares) pueda ser invocada por un tercero, como es la entidad asociativa recurrente. Sirva aquí de referencia cómo la acción pública no cubre la defensa de intereses particulares de terceros, cuando, precisamente, pueden tener interés en no intervenir en este procedimiento (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002, EDJ 5649).

Respecto a la incidencia que presentan las normas urbanísticas, lo primero que debe decirse es que la resolución impugnada no descarta toda aplicación de dicha regulación urbanística, sino que viene a realizar una interpretación sistemática, en orden a interpretar que, cuando tales normas urbanísticas, se refieren a planta alzada excluyen la cubierta, interpretación que parece plausible de cara a permitir una interpretación lógica de la propia reglamentación sectorial (esto es, la Ordenanza). Junto a ello, hay que agregar que el caso al que se refiere el documento núm 1, aportado con el escrito de Demanda, no se refiere a un supuesto de hecho idéntico al de autos o, al menos, no se ha acreditado tal coincidencia.

En tercer lugar, la apelación realizada al principio de prevención es demasiado genérica, siendo muy significativa la propia declaración contenida en la demanda, según la cual, “el estado actual de la ciencia no permite acreditar científicamente los riesgos de las ondas electromagnéticas y sus efectos en la salud

humana". Siendo esto así, ha de reconocerse la dificultad de aportar prueba de contrario para la actora, pero, también, que tal estado de cosas no puede desvirtuar la reglas de la carga de prueba, cuando se parte del principio pro libertate (esto es, se parte del previo derecho a ejercer una determinada actividad).

Procede, por todo ello, desestimar el presente recurso Contencioso-administrativo y confirmar el acto administrativo objeto de impugnación.

QUINTO.- No concurren circunstancias justificativas de una condena en costas, ex art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

FALLO

Se desestima el recurso 68/2008 interpuesto por la ASOCIACIÓN I.D.S. contra la resolución de 3 de abril de 2008, que se ratifica, al ser conforme a derecho, sin costas.

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