

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

ESTACIÓN DE TELEFONÍA MÓVIL. PROGRAMA DE IMPLANTACIÓN.

Denegación de inclusión improcedente.

Existencia de restricciones improcedentes en Ordenanza Municipal.

Aplicación normativa estatal.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José Javier Oliván del Cacho

En Zaragoza, a quince de marzo de dos mil diez.

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 en el que ha sido parte actora V.E.,S.A.U., representada por Doña P.C.I., con asistencia letrada de Doña P.L.M.H. y como demandado el Ayuntamiento de Zaragoza, representado por Doña N.C.A., Procuradora con asistencia de la Letrada Consistorial, siendo objeto del recurso el acuerdo plenario de 24 de julio de 2009.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 9 de septiembre de 2009, se presentó recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo plenario de 24 de julio de 2009.

SEGUNDO.- Con fecha 23 de noviembre de 2009, se presentó escrito de demanda, en cuyo suplico interesaba que se dictara Sentencia:

“- Que se declare no ajustada a Derecho y se anule el Acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Zaragoza en fecha 24 de julio de 2009, notificada el 13 de enero de 2009, por el que se acuerda no aprobar la inclusión de la estación base de telefonía móvil sita en la calle Pedro Bernuz, 7, de Zaragoza al Programa de Implantación de V. y ello por entenderlo contrario a Derecho y lesivo de los intereses de mi representada, dicho sea con los debidos respetos.

- Que se declare el derecho de mi representada a que la instalación referida se incorpore al Programa de Implantación de V., obligando al Ayuntamiento de Zaragoza en este sentido, a dictar resolución por la que se declare la incorporación de la citada instalación al Programa de Implantación aprobado en 2006”.

TERCERO.- Con fecha 28 de diciembre de 2009, se presentó por Doña N.C.A., Procuradora del Ayuntamiento de Zaragoza, en cuyo suplico se interesaba que dictara Sentencia desestimatoria.

CUARTO.- Mediante Auto de 4 de enero de 2010, se fijó como indeterminada la cuantía del procedimiento y se acordó el recibimiento del pleito a prueba.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en esta litis la denegación de la incorporación de una estación de base de telefonía móvil al Programa de Implantación de V.E. por parte del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza.

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

1. A los folios 1 a 13 obra solicitud por parte de V. de incorporación al Programa de Implantación de dicha mercantil en el municipio de Zaragoza.

A la solicitud se acompañaba resolución del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, de 12 de diciembre de 2005, por la que se aprobaba la memoria técnica de la radiobase, en la que se indicaba lo que sigue:

“En relación con la memoria técnica presentada por V.E.,S.A.U., titular de una concesión de dominio público radioeléctrico que la habilita para la prestación del servicio de comunicaciones móviles tercera generación (UMTS), le informo que, efectuados los estudios técnicos pertinentes y constatando que el citado proyecto incorpora el estudio previsto en el artículo 8 del Real Decreto 1066/2001 indicando los niveles de exposición radioeléctrica en áreas cercanas a la radiobase en la que puedan permanecer habitualmente personas, este Centro Directivo acuerda aprobar el citado proyecto técnico con la relación de ciento cincuenta y cuatro (154) radiobases (...).”

2.- Con fecha 22 de enero de 2007, se emitió informe suscrito por el Director de Servicios de Planificación y Diseño Urbano (folios 14 y 15), en el que se concluía:

“En cuanto a la normativa sectorial, como se ha dicho, se ha aportado fotocopia de la aprobación de la memoria y autorización del Ministerio de Industria, que para el Programa se considera suficiente, pero habrá de acreditarse en el expediente de licencia que se ha ejecutado de acuerdo con lo aprobado, mediante documentación de la aprobación definitiva del mismo Ministerio, una vez que se haya comprobado que lo ejecutado se ajusta a lo autorizado y que no supera los límites establecidos en el RD 1066/2001 y que cumple con el resto de la normativa sectorial que sea de aplicación.

CONCLUSIÓN

A la vista de todo lo expuesto, desde el punto de vista técnico, y sin perjuicio de lo que dictamine la Comisión de Patrimonio Cultural, no se aprecia que lo solicitado contravenga la normativa urbanística de aplicación, por lo que se remite al Servicio Jurídico de Ordenación y Gestión para que continúe la tramitación del expediente”.

3.- Con fecha 19 de octubre de 2007, la Comisión competente informó que no había nada que objetar desde el punto de vista del Patrimonio Histórico, folio 24.

4.- Mediante escrito fechado a 20 de noviembre de 2007 se aportó proyecto radioeléctrico del emplazamiento de Autos folios 29 y siguientes:

5.- Por parte del Servicio Técnico de Planeamiento y Rehabilitación, de 18 de diciembre de 2007, folios 50 y 51, se emitió informe con la siguiente conclusión:

“A la vista de todo lo expuesto, desde el punto de vista técnico, no se aprecia que la implantación de esta radiobase para la prestación del servicio de comunicaciones móviles por el sistema UMTS contravenga la normativa urbanística de aplicación”.

6.- Con fecha 15 de enero de 2008, se sometió a información pública la petición de Autos, folio 55.

7.- Mediante escrito registrado el día 4 de febrero de 2008, la Asociación de Vecinos de Oliver “A.” presentó escrito de alegaciones, señalando, entre otras cosas, que la instalación se encontraba “a una distancia menor de 100 m. de los Jardines de Carmen Soldevilla (...) y de centros educativos (CC.PP. Fernando el Católico y Ramiro Solans)”, folio 68. Al escrito de alegaciones siguen hojas de firmas y otra alegaciones semejantes de personas físicas.

8.- A los folios 173 y siguientes y con la misma fecha 4 de febrero de 2008 obra otro escrito de alegaciones de la Asociación vecinal precitada.

9.- Con fecha 16 de abril de 2008, la actora presentó el correspondiente escrito de alegaciones, folios 182 y siguientes, en el que, entre otras cosas, se decía lo que sigue:

“E.- Respecto a la distancia de cien metros, entendemos que se refiere a la distancia que establece el artículo 8.7.d de Real Decreto 1066/2001, artículo que no impide una instalación a una distancia menor respecto de los centros sensibles, siempre que el valor de emisión de una ratio determinada en los puntos sensibles concretos, para lo cual el proyecto radioeléctrico debe contemplarlos y dar el valor estimado y el ministerio comprobarlo y aprobarlo.

- Respecto al Colegio Público Fernando el Católico no se considera centro sensible respecto a este emplazamiento por estar a más de cien metros de la estación, medidos entre los puntos más cercanos a ambos (es decir, la distancia más garantista) y sin tener en cuenta la distancia real en tres dimensiones que daría una distancia mayor al proyectarse la estación en un lugar más elevado que el patio (parte más cercana del centro educativo). Se adjunta como documento 1 fotografía satélite con la distancia.

- Respecto al Colegio Público Ramiro Solans no se considera centro sensible respecto a este emplazamiento por estar a más de ciento ochenta metros de la estación, según los criterios de medición expuestos anteriormente. Se adjuntan como documento 2 fotografía satélite con la distancia.

- Respecto a los Jardines de Carmen Soldevilla no se considera centro sensible respecto a este emplazamiento por estar casi a trescientos metros de la estación, según los criterios de medición expuestos anteriormente. Se adjunta como documento nº 2 fotografía satélite con la distancia.

- Respecto a la Calle Antonio Leyva, las calles no se consideran centros sensibles según el artículo 8.7.d) del Real Decreto 1066/2001, el cual se refiere a escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos: por tanto, no debe ser considerada de manera especial por el Proyecto Radioeléctrico, si bien al estar éste aprobado, se garantiza en ningún punto, sea cual sea, exista un valor superior al establecido por Ley”.

10.- Mediante informe de la Arquitecto del Servicio Técnico de Planeamiento y Rehabilitación, de fecha 18 de abril de 2008, se informó lo que sigue (folio 185):

“No consta en la documentación presentada la localización del centro sensible Jardines Soldevilla en la respuesta a la alegación, UNICA APARTADO F no es correcta la medición a los Jardines Soldevilla, existe una equivocación de emplazamiento El informe técnico anterior (18 dic 07) hacía referencia a este aspecto.

En el capítulo 3, identificación en centros sensibles, no localizan puntos sensibles. A este respecto hay que señalar se observa que el emplazamiento se encuentra en el entorno de los Jardines Soldevilla, y se aprecia una pequeña influencia del radio de 100 m. dentro de la zona verde en la esquina superior izquierda, de apenas unos dos metros cuadrados aproximadamente de superficie afectada, destinada por el PGOU vigente como zona verde pública.

Por tanto se requiere presentar copia del Proyecto Radioeléctrico visado en orden a la prestación del servicio de comunicaciones móviles UMTS en este emplazamiento en el que se incluya estudio detallado del nivel de exposición radioeléctrica, el cálculo sobre el punto sensible en el entorno y las técnicas de minimización utilizadas para justificar y proseguir con el trámite del expediente.

Se comprueba que el Colegio Público Fernando el Católico se encuentra fuera del radio de afección de 100 m. al igual que el Colegio Público Ramiro Solans”.

11.- Por la Jefe de Servicio Jurídico de Ordenación y Gestión Urbanística, en fecha 25 de abril de 2008, se efectuó el oportuno requerimiento, folio 191, lo que dio lugar a la presentación de un nuevo escrito por la actora mediante escrito fechado a 20 de mayo de 2008, folios 194 y 195, en el que se expuso:

“Que mi representada, con fecha 08/05/2008, recibió comunicación de este Ayuntamiento en el cual se decía que de las alegaciones presentadas anteriormente existía un error respecto a una distancia, en concreto respecto a los Jardines Soldevilla, los cuales, ciertamente, se ubicaron en otro lugar al no coincidir el nombre del requerimiento con la nomenclatura que aparece en el PGOU, los cuales se denominan Jardines de M. Carmen Soldevilla; no obstante lo anterior, el Proyecto radioeléctrico sí los tuvo en cuenta y no se consideraron centro sensible, al estar por muy poco a más de cien metros.

Dicha distancia se acredita con la distancia tomada con los propios planos del PGOU en el que se ve que la zona de jardín está a más de cien metros de las antenas...”

12.- Mediante escrito de la Letrada Jefe de la Sección Jurídica, de fecha 8 de julio de 2008, se requirió la aportación de proyecto visado, folio 197, que efectivamente se aportó obrante en el expediente a los folios 200 y siguientes.

13.- Con fecha 15 de septiembre de 2008, se emitió informe por la Arquitecto del Servicio Técnico de Planeamiento y Rehabilitación (folio 171), en el que puede leerse:

“Aporta Proyecto Radioeléctrico visado y aprobado por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en orden... Continúa sin subsanarse la deficiencia observada”.

14.- Con fecha 20 de noviembre de 2008, se presentó escrito de alegaciones por la actora, en el que se dijo, folios 225 y siguientes:

“Nos reiteramos en anteriores alegaciones, si bien desde este momento decimos que el proyecto radioeléctrico así como la puesta en funcionamiento de la estación ha sido aprobado y autorizado por los técnicos del Ministerio. Se cumple escrupulosamente el Real Decreto 1066/2001 que rige estas instalaciones, el Ayuntamiento entendemos reinterpreta la labor del Ministerio, alegando una norma que precisamente da exclusiva competencia al Ministerio, el cual, reiteramos a través de la Jefatura Provincial de Inspección de Telecomunicaciones de Zaragoza en virtud del artículo 45 de Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, ha autorizado la puesta en servicio.

Se adjuntan a este escrito copia de la autorización del Proyecto Radioeléctrico y copia que acredita la inspección favorable (documentos 1 y 2), en ambos constan las identificaciones suficientes para que el Ayuntamiento, si lo considera necesario y discrepa con el Ministerio respecto a la validez de una o de ambas actuaciones ministeriales, pida aclaración a dicha Administración. Entendemos que el Ayuntamiento no puede instar a V. para que solicite la modificación de un expediente sobre utilización de dominio público radioeléctrico tramitado ante el Ministerio, en el que el Ayuntamiento no se ha querido personar ni ha mostrado, formalmente, interés alguno, y con cuya resolución V. está conforme, so pena de no continuar con otro expediente de ámbito urbanístico. Tal forma de actuar evidencia una invasión real, por parte del Ayuntamiento de competencias además de no ajustarse al procedimiento administrativo vigente, el cual no da la potestad de arbitrar a la Administración que recibe la resolución de un expediente remitida por otra Administración competente, sino que debe asumirla o en todo caso pedir directamente aclaraciones a la Administración que evacuó dicha resolución, jamás puede instar al administrado para que pida la rectificación de dicha resolución, en contra de sus intereses en dicho expediente”.

15.- Con fecha 8 de julio de 2009, la Arquitecta del Servicio Técnico de Planeamiento y Rehabilitación, folios 232 y 233, informó, entre otras cosas, lo que sigue:

“Únicamente se observó la localización del punto sensible de los Jardines Soldevilla citado en los anteriores informes y que se solicitó a la (...).

Por lo tanto y habiéndose recibido, con fecha 27 de mayo de 2009, un nuevo escrito en relación con este tema por la Gerencia de este Ayuntamiento, y del cual se adjunta copia, se deberá dar traslado al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a la cuestión arriba citada”.

16.- En informe de la Gerencia de 27 de mayo de 2009, se manifestó lo siguiente, folios 234 y 235:

“El Ayuntamiento quedó enterado en sesión plenaria de 24 de septiembre de 2004 de varias sentencias firmes, parcialmente favorables a los intereses municipales, dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en los recursos interpuestos por los distintos operadores de telefonía móvil contra el Acuerdo Plenario de fecha 30 de mayo de 2001, por el que se aprobó definitivamente la Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicación por Transmisión, Recepción de Ondas Radioeléctricas en el término municipal de Zaragoza.

Pero en esas Sentencias, en lo que a los Programas de Implantación se refiere, fue declarada la nulidad de los artículos 4.3.e), 5.2 y 5.4, por lo cual las cuestiones que se regulaban en dichos artículos han quedado excluidas de las competencias municipales y no puede el Ayuntamiento denegarlos, ni tampoco impedir las incorporaciones a los correspondientes Programas de los nuevos emplazamientos, basándose en los motivos relacionados con los mismos, si han obtenido las pertinentes autorizaciones por parte del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

Sin perjuicio de lo anterior, dado que las autorizaciones del Ministerio son provisionales y se condicionan a que su ejecución se ajuste a lo autorizado, entre lo que se ha de tener en cuenta la minimización de los niveles de exposición a los efectos señalados en el art. 8.7.d) del R.D. 1066/01 de 28 de septiembre en relación con los centros sensibles existentes en sus cercanías, cuando por parte de los servicios municipales directamente, o a través de la información pública, se detecte algún punto sensible situado a menos de 100 m. en cuyo emplazamiento no figure la medición de niveles de exposición en el proyecto presentado, se dará traslado de ello al Ministerio a los efectos oportunos.

Igualmente se dará traslado al Ministerio, para que se tenga en cuenta en el momento en que se construyan o se pongan en funcionamiento, de los centros sensibles previstos en el planteamiento que todavía no se han ejecutado, así como otras circunstancias como puede ser el que las alturas de edificios próximos existentes o previstos sean mayores que las del edificio donde se instale la antena correspondiente.

En consecuencia, con las citadas advertencias, podrán seguir su tramitación los expedientes para su aprobación o incorporación”.

17.- En la propuesta de 9 de julio de 2009, folios 235 a 239, se elevó a la consideración del Pleno el siguiente acuerdo:

“PRIMERO.- Tener por incorporada la estación base de telefonía móvil sita en la calle Pedro Bernuz nº 7, al Programa de Implantación de V.E.,S.A.U., aprobado por acuerdo plenario de fecha 27 de julio de 2006, a solicitud de Dña. O.S.G. en representación de dicha operadora.

SEGUNDO.- Desestimar las alegaciones presentadas en el sentido expresado en los informes del Servicio Técnico de Planeamiento y Rehabilitación de fecha 8 de julio y en el informe jurídico de fecha 9 de julio de los que se trasladará copias a los alegantes.

TERCERO.- Informar al Ministerio de Industria y Comercio que en el proyecto de la citada operadora de fecha 22 de agosto de 2005 aprobado por ese Ministerio en fecha 12 de diciembre de 2005 y con número de visado 20.264-00 no se contempla el punto sensible Jardines Soldevilla situado dentro del radio de 100 metros de influencia. Se adjuntarán copia de los informes técnicos y plano donde se refleja el punto sensible mencionado”.

18.- Con fecha 24 de julio de 2009, se adoptó acuerdo plenario por el que se resolvió *“no aprobar la propuesta de incorporación de estación base de telefonía móvil sita en la Calle Pedro Bernuz, nº 7 al Programa de Implantación de telefonía móvil de la operadora V.E.,S.A.”*, folio 245.

TERCERO.- Las primeras argumentaciones manejadas por la actora tienen que ver con la ausencia de motivación suficiente, lo que lleva a la parte actora a invocar el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como otros principios, como el de legalidad o de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Ciertamente, esta alegación ha sido aceptada por este mismo Juzgado en su Sentencia de 10 de diciembre de 2009, en línea, en lo esencial, con lo ya argumentado en la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 del Juzgado nº 2 de esta clase y ciudad. Sin embargo, este Juzgado debe entender como no despreciables las argumentaciones de la Sra. Letrada Consistorial en el sentido de apreciar que el contenido de los informes previos era matizado, en cuanto se apreció una afección parcial a uno de los denominados “centros sensibles”.

Ante esta tesitura, y teniendo en cuenta también el controvertido alcance de las competencias locales en este ámbito, considera este órgano judicial que lo decisivo en esta litis es valorar si está acreditado, o no, que la instalación en cuestión resulta conforme a la normativa aplicable dentro del ámbito de atribuciones que, en este punto, puede desarrollar la Corporación.

Siendo esto así, por la actora se ha defendido el pleno respeto a la legalidad sectorial, lo que ha sido rechazado por la Letrada Consistorial.

Entrando a valorar el eventual incumplimiento de lo previsto en el art. 8.7.d) del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, de aprobación del Reglamento que

establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, debe partirse de su literalidad:

“7.-En la planificación de las instalaciones radioeléctricas, los titulares de las mismas deberán tener en consideración, entre otros criterios, los siguientes:

a.- La ubicación, características y condiciones de funcionamiento de las estaciones radioeléctricas deben minimizar los niveles de exposición del público en general a las emisiones radioeléctricas con origen tanto en éstas como, en su caso, en los terminales asociados a las mismas, manteniendo una adecuada calidad del servicio.

b.- En el caso de instalación de estaciones radioeléctricas en cubiertas de edificios residenciales, los titulares de instalaciones radioeléctricas procurarán, siempre que sea posible, instalar el sistema emisor de manera que el diagrama de emisión no incida sobre el propio edificio, terraza o ático.

c.- La compartición de emplazamientos podría estar condicionada por la consiguiente concentración de emisiones radioeléctricas.

d.- De manera particular, 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...”

Ocurre que, en este punto, la tesis de la actora se ve avalada por la resolución del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, de aprobación de la memoria técnica de la instalación, así como el por el informe de la Sra. Ingeniero de Telecomunicaciones Doña A.G.A. en el que se concluye que “con lo expuesto en el presente documento y en la documentación gráfica aportada, queda a juicio del Ingeniero autor del mismo, lo suficientemente justificado el objeto del mismo”. Y dicho objeto pasaba por la “justificación de que los Jardines M. Carmen Soldevilla se encuentran próximos al emplazamiento de la estación base de telefonía móvil ubicada en la azotea del edificio en la calle Pedro Bernuz nº 7, pero fuera de la zona de afección de la misma según el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, quedando estos jardines a más de 100 metros del emplazamiento”. A este elemento probatorio, junto al hecho de contar con la resolución ministerial de 12 de diciembre de 2005 de aprobación del proyecto y con el informe de inspección favorable del mismo Ministerio, lleva a dar prevalencia a las conclusiones de la actor (sin perjuicio, eso sí, de que las autoridades estatales mantengan en todo punto sus facultades de supervisor de la instalación).

De ahí que exista un conjunto probatorio favorable a las posiciones de la actora, si se repara en el carácter subordinado que, en este ámbito, presentan las competencias municipales respecto a las atribuciones de los órganos de la Administración General del Estado en materia de Industria.

A este respecto, es conocida por las partes la posición del Tribunal Superior de Justicia con sede en nuestra Comunidad Autónoma que ha vetado el establecimiento de normas más restrictivas que las estatales contempladas inicialmente en la Ordenanza Municipal. En este punto, puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 26 de mayo de 2004, EDJ 141458, en cuyo fundamento jurídico décimo tercero cabe leer:

“DECIMÓ TERCERO.- Por lo que respecta al también impugnado artículo 5 de la Ordenanza referido específicamente a los programas de implantación, la recurrente viene a reiterar, en su pretensión de que sea anulado, los mismos argumentos ya aducidos al impugnar el artículo anterior; por lo que los razonamientos hasta ahora expuestos conducen igualmente a considerar la conformidad a derecho del mismo, con la sola excepción de sus apartados 2º y 4º.

El apartado 2º establece 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”. 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, como resulta de lo dicho en el fundamento de derecho décimo,

ha de estimarse que excede de la competencia municipal. Debiendo añadirse al respecto que el apartado 7.d) del artículo 8 del Real Decreto 1066/2001 EDL 2001/28611 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 ha 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, en cuyo apartado 3.1.f) se dispone que “para las estaciones tipo ER1 y ER2, cuando en un entorno de 100 metros de las mismas existan espacios considerados sensibles (guarderías, centros 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”.

Consiguientemente, la restricción al efecto impuesta en el precepto de la Ordenanza impugnado difiere 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. 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, debe ser, como se ha adelantado, declarada nula. Siendo, así mismo, de significar que por la representación de la Administración demandada admite que la protección de los denominados espacios sensibles corresponde al Estado, y que la norma local ha sido desbordada por la regulación estatal.

Y tal declaración de nulidad también ha de hacerse del citado apartado 4 del artículo 5 que dispone que “el Ayuntamiento, en el caso de que lo considere necesario, podrá imponer la agrupación de antenas siempre que los límites totales de emisión se mantengan entre los establecidos en esta Ordenanza”, y ello por cuanto que, partiendo de la posibilidad, ya examinada en el fundamento de derecho noveno, de que por el Ayuntamiento se establezca la obligación de compartir emplazamiento por parte de los diferentes operadores para la instalación de las antenas, aquel apartado lo que en definitiva hace es establecer una restricción a tal posibilidad en función de los límites de emisión establecidos en la Ordenanza, por lo que su nulidad no es sino la consecuencia obligada de la nulidad del apartado 3.e) del artículo 4”.

Nótese, por tanto, que son consideraciones competenciales las que justificaron la anulación de importantes preceptos del Reglamento municipal, lo que no puede ser perdido de vista cuando también se analiza la presente controversia.

Procede, por todo ello, estimar el presente recurso contencioso-administrativo, reconociendo el derecho de la actora instado en su suplico de la demanda, si bien, y en línea con lo que acordó la propia Corporación en la propuesta de resolución (luego rechazada en el Pleno), se acuerda notificar esta Sentencia a la Subdirección General de Inspección y Supervisión de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Y es que la estimación de este recurso, debe entenderse con reserva expresa de las facultades de control de las autoridades estatales sobre la instalación de Autos, por lo que se les deberá trasladar los informes municipales en los que se aprecia que, en el proyecto de la actor de fecha 22 de agosto de 2005 en fecha 12 de diciembre de 2005 y con número de visado 20.264-00, no se contempla el punto sensible Jardines Soldevilla situado dentro del radio de 100 metros de influencia. De este modo, tales informes tendrán el valor de denuncia ante las autoridades estatales.

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

FALLO

Se estima sustancialmente el recurso 400/2009 interpuesto por V.E.,S.A.U., contra el acuerdo Plenario de fecha 24 de julio de 2009, que se anula, al no ser conforme Derecho, reconociéndose el derecho de incorporación de la instalación de Autos al correspondiente Programa de Implantación; todo ello, sin perjuicio, del mantenimiento de las facultades de supervisión de la actividad por parte del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio; sin costas.

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