
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 94/2002. Sentencia de 31-05-2004

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA URBANÍSTICA Y DE ACTIVIDAD. INSTALACIÓN DE ESTACIÓN BASE DE TELEFONÍA MÓVIL.

Apelación doctrina. Reiteración de cuestiones y argumentos. Congruencia.

Silencio Negativo: actuaciones en contra del Planeamiento y de la Ordenanza.

Requisitos formales y materiales.

Procedimiento ajustado a derecho: audiencia previa.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Ricardo Cubero Romeo

MAGISTRADOS

D. Jesús M^a Arias Juana

D^a Isabel Zarzuela Ballester (*Ponente*)

D^a Nerea Juste Díez de Pinos

En Zaragoza, a treinta y uno de mayo de dos mil cuatro.

En nombre de S.M. el Rey.

Visto, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sección Primera, en grado de apelación, el recurso número 293 de 2001, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Zaragoza, rollo de apelación número 94 de 2002, a instancia de la apelante la compañía mercantil «R. M., S.A.», representada por el Procurador de los Tribunales D. S. A. L. y asistida por el Letrado D. X. C. M.; y como apelada, el Ayuntamiento de Zaragoza, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a N. C. A. y asistido por el Letrado D. C. N. C.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.– El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza, dictó sentencia, de fecha 3 de septiembre de 2002, desestimatoria del recurso y confirmatoria de la actuación recurrida, excepto, según se especifica en ella, «en lo relativo a la necesidad de tramitar la licencia de actividad clasificada, cuya referencia debe tenerse por no puesta en el fundamento primero de la resolución y que la misma asume en su integridad», sin hacer expresa imposición de costas.

SEGUNDO.– Notificada la anterior sentencia a las partes, por la representación procesal de la actora, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, solicitando de esta Sala su revocación y la estimación del recurso promovido, que fue admitido, y dado traslado a la parte demandada formuló, igualmente en tiempo y forma, alegaciones oponiéndose a dicho recurso.

TERCERO.— Remitidas las actuaciones a esta Sala y turnadas a esta Sección 1ª, se señaló para votación y fallo del mismo el día 27 de mayo de 2004, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— La sentencia recurrida, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad recurrente y confirmó la resolución administrativa impugnada, con la salvedad ya referida, de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 31 de octubre de 2001, por la que se desestimó la solicitud formulada por dicha entidad para instalar una base de telefonía móvil en calle Fray Luis Urbano de Zaragoza.

SEGUNDO.— Como viene declarando reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el recurso de apelación es un proceso especial por razones jurídico— procesales cuya funcionalidad es la depuración de un resultado procesal obtenido con anterioridad, siendo trámite fundamental del mismo el de las alegaciones de la parte apelante que con su crítica de la sentencia impugnada concreta los aspectos y fundamentos de su disconformidad con aquélla. De manera que, como se señala en la sentencia de 22 de diciembre de 1998, es la crítica de la sentencia apelada contenida en el escrito de alegaciones «la que ha de servir de base para la pretensión sustitutoria del pronunciamiento recaído en primera instancia»; sin que, como también se señala en dicha sentencia, baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia. En análogos términos la más reciente sentencia de 4 de febrero 2000 declara que «el recurso de apelación tiene como finalidad depurar un resultado procesal obtenido con anterioridad (STS de 2 de enero de 1989), razón por la cual el apelante debe hacer una crítica de la sentencia sin que baste, como hace la hoy apelante, remitirse a la posición que adoptó en la primera instancia. En la apelación —continúa tal sentencia— se debe actuar una pretensión revocatoria individualizando los motivos que le sirven de fundamento a fin de que el Tribunal de apelación pueda examinarlos y pronunciarse sobre ellos dentro de los límites y en congruencia con los términos en que venga ejercitada (STS de 6 de febrero de 1989)».

En el presente caso, la mayor parte de las alegaciones de la apelante, en su escrito interponiendo el presente recurso de apelación, más que un estudio crítico de las argumentaciones de la sentencia apelada, reiteran la crítica de la actuación municipal y reproducen cuestiones resueltas por la sentencia recurrida, tal y como se pone de manifiesto por el representante de la Administración. Careciendo tales alegaciones de la suficiente virtualidad para destruir los razonamientos de la sentencia apelada en orden a estimar la conformidad a derecho de la resolución recurrida, que en lo sustancial se aceptan y dan por reproducidos, y que conducen forzosamente a la confirmación de dicha sentencia; si bien debiendo significarse que ningún examen cabe hacer aquí respecto del específico extremo de la resolución que no se confirma por la sen-

tencia, ni de la fundamentación en que se sustenta, al no haber sido objeto de apelación por la Administración demandada a fin de obtener su revocación. No pudiendo, por otra parte, calificarse de incongruente la sentencia, pese a lo alegado por la recurrente, cuando, como es sabido, y recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de julio de 1996, conforme a la extendida doctrina procesal, el concepto de congruencia viene perfectamente definido y delimitado no por las argumentaciones, alegaciones o razonamientos de las partes sino por la idónea correlación entre las pretensiones de aquellas y el fallo de la sentencia; y en el caso enjuiciado el fallo de la sentencia recurrida no podía ser otro partiendo de los fundamentos de derecho que le preceden y por los que se concluye que es conforme a derecho la denegación de la licencia solicitada por la recurrente —con la salvedad ya referida—.

TERCERO.— Debe insistirse, frente a lo que se sostiene, que no cabe entender adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o el planeamiento urbanístico. En tal sentido es especialmente significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2001: «La legislación y la jurisprudencia son terminantes al respecto. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico. En este sentido el Reglamento de Disciplina Urbanística precisa en su artículo quinto que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de la ley del Suelo, de los Planes de Ordenación, Programas, Proyectos y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento o de las Normas y Ordenanzas reguladoras del uso del suelo y edificación. Por su parte, la jurisprudencia de modo reiteradísimo, viene afirmando que el mero cumplimiento de las prescripciones formales y de actividad relativas al silencio positivo no permite entender adquirida por silencio administrativo la licencia pretendida. Además de tales requisitos ha de cumplirse el elemento sustantivo, es decir, que la licencia solicitada se ajuste a la ordenación urbanística aplicable». «En consecuencia —añade tal sentencia—, han de cumplirse, de modo simultáneo, los requisitos de orden formal y los de naturaleza sustantiva para que las licencias de puedan atender adquiridas en virtud del silencio. Por eso, si, como es el caso, la licencia solicitada es contraria a la normativa urbanística aplicable (...) es evidente que no se ha adquirido la licencia por silencio positivo, pues no se ha cumplido el elemento sustantivo de adecuación al planeamiento que dicha adquisición requiere. Del mismo modo, el ulterior acto denegatorio de la licencia no es revocatorio de derechos subjetivos del peticionario, pues resulta que tales derechos no han llegado a ser adquiridos». En definitiva, tratándose de licencias, éstas en ningún caso se pueden entender adquiridas por silencio administrativo si las mismas contravienen la legislación o el planeamiento urbanístico, por estar expresa y terminantemente vedado por la legislación —artículo 178.3 de la Ley del Suelo de 1976. artículo 242.6 del Texto Refundido de 1992 y artículo 176 de la Ley Urbanística de Aragón de 25 de marzo de 1999— y la reiterada jurisprudencia que en interpretación y aplicación de la misma ha recaído.

La licencia denegada por la resolución impugnada incumplía el planeamiento, tanto el vigente en la fecha en que debió resolver la solicitud de la actora —esto es el Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza de 1986—, como el vigente en el que efectivamente se resolvió —el Plan aprobado en 2001—. Con arreglo al primero de ellos, y en concreto al artículo 3.1.13 de sus Normas Urbanísticas, no era admisible la instalación pretendida al infringir lo en él establecido sobre altura máxima; altura que no podía sobrepasarse con las salvedades que se especificaban. Sin que cupiera incluir la instalación pretendida entre los elementos funcionales propios de las instalaciones de los edificios, en relación a los cuales sí permitía —en los concretos términos que se prevenían— que se sobrepasaran tal altura. Criterio que ya se mantuvo por esta misma Sala, en el caso de una instalación análoga a la aquí cuestionada —estación base de telefonía móvil de otra operadora—, en su sentencia de 12 de mayo de 2001 —sentencia número 488/2001, dictada en el recurso 1452/1997—.

Igualmente incumplía el Plan de 2001, el cual, en su artículo 2.2.22.3., si bien admite sobre la altura máxima estructuras superpuestas a la función propia del edificio, como antenas o repetidores de comunicaciones, tal admisión se prevé sólo «en casos puntuales debidamente justificados y con sujeción a los criterios establecidos en las normas de ornato público, a las ordenanzas municipales y, caso, sectoriales que sean de aplicación». Siendo por ello de aplicación el artículo 4, apartado primero, de la Ordenanza municipal de instalaciones de telecomunicación por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas en el término municipal de Zaragoza, aprobada por el Pleno Municipal de fecha 30 de mayo de 2001, que exige para la instalación 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, la aprobación previa de un programa de implantación que contemple el conjunto de toda la red del término municipal. Exigencia que ha sido declarada conforme a derecho por esta misma Sala y Sección en la reciente sentencia de 26 de mayo pasado —de acuerdo con la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2001 y 15 de diciembre de 2003—, en el recurso interpuesto por la aquí recurrente contra dicha Ordenanza, y que no había sido cumplido por aquella en el supuesto enjuiciado, independientemente de que pudiera tener aprobado —según alega— un plan por la Administración del Estado.

CUARTO.— Debiendo añadirse, frente a la denunciada ausencia de requerimiento previo de subsanación, que como consta en el expediente administrativo, antes de dictarse la resolución impugnada, se le dio vista a la recurrente del informe realizado por el Servicio de Intervención Urbanística, en el que se ponía de manifiesto que de conformidad con el citado artículo 2.2.22.3 de las Normas Urbanísticas del Plan de 2001 y el artículo 4 de la Ordenanza referida debía aprobarse con carácter previo a la concesión de la licencia el plan de

implantación, el cual debía ajustarse a las determinaciones fijadas en el artículo 5 de dicha Ordenanza, concediéndole el plazo de quince días para que pudiera aportar cuantos documentos estimara oportunos y efectuara las alegaciones que considerara convenientes, antes de elevarse propuesta desestimatoria de la solicitud por dicha falta. Evacuándose por la recurrente el traslado conferido alegando la inaplicabilidad de las Normas Urbanísticas del Plan de 2001, sin solicitar, cuando pudo hacerlo con carácter subsidiario, que se le otorgara un plazo para presentar implantación; y máxime cuando ya con anterioridad —al poco tiempo de solicitar la licencia— se le había comunicado, a efectos de alegaciones, que la instalación no cumplía las Normas Urbanísticas entonces vigentes. En cualquier caso, y no obstante lo que se sostiene, la Ordenanza prevé específicamente un régimen transitorio en su Disposición Transitoria única —a cuyo tenor «las instalaciones de telecomunicaciones 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, consistente en su petición de inclusión en el oportuno proyecto de implantación y licencia de actividad calificada posterior, en su caso, todo ello en el plazo máximo 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 artículo 8.12 de la presente Ordenanza». Disposición cuya aplicación en modo alguno puede entenderse que impedía la resolución impugnada, pues nada obstaba a que en el referido plazo la recurrente hubiese promovido, con arreglo a la misma, el expediente de legalización.

QUINTO.— De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas del presente recurso de apelación a la recurrente, al desestimarse totalmente el mismo y no apreciar la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la compañía mercantil «R. M., S.A.» contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dos de Zaragoza de fecha 3 de septiembre de 2002, dictada en el procedimiento ordinario 293/2001 de dicho Juzgado.

Con imposición de las costas del presente recurso de apelación a la recurrente.