



Roj: STSJ BAL 484/2012
Id Cendoj: 07040330012012100309
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 1
Nº de Recurso: 455/2011
Nº de Resolución: 309/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MARIA CARMEN FRIGOLA CASTILLON
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00309/2012

APELACIÓN ROLLO SALA Nº **455/2011**

AUTOS DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 73/2009

JUZGADO CONTENCIOSO Nº 1

SENTENCIA Nº 309

En Palma de Mallorca a 24 de abril de 2012

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D^a: Carmen Frigola Castellón

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos en el Juzgado de los Contencioso-Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, con el número de autos nº 73/2009 y nº de rollo de apelación de esta Sala **455/2011**. Actúa como parte apelante la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.U., representada por el Procurador Sr. D. José Luis Nicolau Rullán y defendida por el Letrado Sr. D. Xavier Casals i Matute y como parte apelada el Excmo. AYUNTAMIENTO DE MANACOR representado por la Procuradora Sr. D^a. María del Carmen Gayá Font y defendido por el Letrado Sr. D. Juan Felipe Pou Catalá.

Constituye el objeto del recurso la denegación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del Ayuntamiento de Manacor, de fecha 29 de julio de 2008 que denegó la solicitud de autorización de instalación de la actividad permanente de estación base de telefonía móvil en la Avenida Salvador Juan, número 2 de Manacor.

La Sentencia número 268/2011 de trece de julio de dos mil once del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Palma desestima el recurso interpuesto y confirma dicha resolución.

Ha sido Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: La sentencia nº 268/2011 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Palma en los autos seguidos por los trámites de procedimiento ordinario y de los que trae causa el presente rollo de apelación decía literalmente en su fallo:

"1º.-) **DESESTIMAR** el recurso interpuesto por el Procurador D. José Luis Nicolau Rullán, en nombre y representación de la entidad mercantil **FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.**, contra la resolución identificada en el Antecedente de Hecho primero de esta Sentencia, que se confirma.

2º.-) No imponer las costas del recurso."

SEGUNDO: Contra la anterior resolución interpuso el demandante recurso de apelación en plazo y forma siendo admitida en ambos efectos.

TERCERO: No se solicita práctica de prueba ni trámite de vista o conclusiones.

CUARTO: Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 24 de abril de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: No se aceptan los de la sentencia apelada.

Es objeto de impugnación en autos la denegación de la solicitud de licencia de actividad para la instalación de una estación base de telefonía móvil sita en la Calle Salvador Juan nº 2 de Manacor basada en que en la zona intensiva A-2 donde se sitúa esa instalación no está permitido el uso de ese servicio.

La sentencia del Juzgado confirma el acto impugnado y declara que reconociendo la operadora que la licencia incumple la normativa de planeamiento carece la parte de un derecho subjetivo para imponer al Ayuntamiento demandado la modificación de sus NNSS para adecuar ese planeamiento a la posibilidad de implantar esas instalaciones que responden a las conveniencias de la operadora y ello en base a que no es la única operadora en el mercado y porque además ha de tenerse en cuenta las necesidades de las redes públicas en su conjunto y su integración e implementación en armonía con las normas urbanísticas y de ordenación territorial. En todo caso la denegación la basa la sentencia en el hecho de que en la zona en que se encuentra el edificio que está fuera de ordenación donde se proyecta esa instalación, el artículo 156 de las NNSS de planeamiento determina que el uso de servicio queda restringido a los garajes y aparcamientos colectivos en las condiciones señaladas en el artículo 91 de esas normas, y que el artículo 8-b) de las mismas, solo permite en los edificios en situación de inadecuación, obras parciales y circunstancias de consolidación, modernización o mejora de sus condiciones estéticas de forma que los motivos de denegación de la licencia no son sólo por causas de las determinaciones de las NNSS sino también por la situación de ilegalidad sobrevinida del edificio en el que se proyecta esa instalación de telefonía móvil.

La parte recurrente disconforme con la sentencia la apela y señala el recurso que tiene derecho a obtener esa licencia ya que la denegación se ha efectuado en base a la Resolución de 29 de julio de 2008 que es posterior a la entrada en vigor del PGOU del año 2007 que es la normativa aplicable en ese suelo municipal y no las NNSS que aplica esa resolución que son del año 1980. Además esa resolución denegatoria ignora lo dispuesto en el Plan Director Sectorial de Telecomunicaciones de las Islas Baleares y su correspondiente desarrollo a través del PGOU del año 2007 así como a la aprobación de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Infraestructuras Eléctricas por el Ayuntamiento en Plano el 2 de abril de 2007, normas que entendemos que no han sido ni tan siquiera consideradas para dicha denegación. Y de haberse aplicado se habría tenido que conceder esa licencia como acto reglado que es conforme a lo dispuesto en el artículo 6.3.02 apartado 5-4 e) del PGOU de 2007, que admite el uso de comunicaciones e infraestructuras en ese suelo.

En ningún caso la parte pretende la declaración de ilegalidad de las NNSS sino únicamente la aplicación de la normativa de planeamiento que es la vigente en ese municipio que no es otra que el PGOU de 2.007 así como el resto de planeamiento y normativa aplicable al supuesto de autos, esto es el Plan Director Sectorial de Telecomunicaciones de 2006 entre otras.

El Ayuntamiento demandada en su oposición a la apelación no da respuesta al porqué no ha de aplicarse el PGOU de 2.007 y artículo 6.3.02 citado por la adversa sino que insiste que en la zona intensiva A-2 según clasificación de las NNSS de 1.980 donde se encuentra la edificación no se permite ese uso, y el hecho de que el edificio se encuentra fuera de ordenación.

SEGUNDO: Esta Sala en sentencia 625/2007 de 10 de julio ya decía que " En la sentencia de la Sala número 962 de 2003 ya señalábamos que las instalaciones de telefonía móvil, aún servicio de interés general, no han de dejar de sujetarse a la ordenación del territorio y el planeamiento de la ciudad, con respeto al medio ambiente y a la salud, de modo que, insertadas en un sistema de convivencia colectiva, donde el protagonismo

corresponde a la Corporación Municipal, en definitiva, no cabe desconocer las competencias que corresponde ejercer al Ayuntamiento, bien que tampoco cabe admitir que el ejercicio de esas competencias obstaculice la implantación.

El derecho comunitario ya dio cobertura al control por los entes locales de los aspectos medioambientales y urbanísticos del despliegue de la red de telecomunicaciones constituida por instalaciones de radiocomunicación.

La concreción en una instalación precisa activa y pone en juego el ejercicio de las competencias locales para salvaguardar los derechos de los vecinos, esto es, el círculo de los intereses generales.

Los entes locales pueden ejercer la potestad normativa y de planificación en materia de despliegue de la red de telecomunicaciones, precisamente a través de la aprobación de ordenanzas municipales y planes urbanísticos.

La instalación de infraestructuras de telefonía móvil se encuentra sujeta, desde luego, a la normativa urbanística sobre uso del suelo, donde bien cabe medida preventiva como la presentación de un plan de despliegue de la red en el municipio, pero se encuentra sujeta también, en cuanto aquí puede interesar, a las restantes medidas concretas que en el ámbito de sus competencias se establezcan por la ordenación municipal -ubicación, incluyendo obligación de compartir instalaciones, atenuación de efectos visuales o imposición del deber de conservación-.

A los entes locales les incumbe igualmente el control de las instalaciones de radiocomunicación, mediante la licencia de actividades o de impacto ambiental y la licencia urbanística.

Además de la regulación de aspectos medioambientales y urbanísticos, la ordenanza municipal puede igualmente establecer limitaciones a las instalaciones de radiocomunicación por razones de impacto visual, como cualquiera de las que establecen las ordenanzas de protección del paisaje urbano para otros tipos de instalaciones y elementos técnicos.

El sometimiento de la instalación de telefonía móvil a licencia municipal de obras, instalación, actividad y funcionamiento no supone sino recoger lo que del artículo 16 de la Ley de la Comunidad Autónoma 8/1995 o de la normativa urbanística resulta, pero encuentra ya amparo en el derecho comunitario, de aplicación prevalente, donde la protección del medio y los objetivos de la ordenación del territorio operan como condiciones sustantivas que limitan la iniciativa empresarial y la libre competencia, de modo que ineludiblemente ha de atenderse a la normativa medioambiental y urbanística, cuyo control se lleva a cabo mediante las licencias antes indicadas. Ciertamente, las competencias estatales - artículo 149.1.16 ., 21 . y 23 de la CE - como las competencias autonómicas en materia de salud, medio ambiente y urbanismo, condicionan el ejercicio de la potestad normativa local en materia de telefonía móvil, estando aquellas y ésta sometidas, esto es, sujetas a la prevalencia de la normativa comunitaria, pero al Ayuntamiento le incumbe el deber de controlar el cumplimiento de la normativa, sea de seguridad estructural de la instalación, sea de la actividad -clasificada o con incidencia ambiental-, o sea urbanística, correspondiendo a los planes urbanísticos la determinación de los concretos emplazamientos de las instalaciones de radiocomunicación y a la ordenanza municipal tanto la regulación sobre impacto en el medio ambiente y en el paisaje como la relativa a documentación y procedimiento de las licencias de actividades y urbanísticas, pudiendo también la ordenanza, como aquí sucede, incorporar normas dictadas, bien por el Estado, bien por la Comunidad Autónoma.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de junio de 2001 , ya admitió -y a ello ha de atenderse- que la competencia municipal en materia de urbanismo y medio ambiente habilita para establecer una regulación municipal en materia de antenas colectivas, bien que las exigencias técnicas que contengan ni pueden impedir la prestación del servicio ni pueden ser desproporcionadas (...).

TERCERO: Analicemos pues la denegación de la licencia por los motivos urbanísticos detallados en el informe técnico emitido por el arquitecto municipal el 16 de julio de 2008 obrante al folio 112 del expediente, y si ha de tenerse en cuenta el planeamiento no adaptado o bien si ha de prescindirse de él.

Esta Sala en supuesto donde el planeamiento no estaba adaptado ya resolvió en sentencia 16/2005 de 11 de enero que, donde el planeamiento no regula no es posible interpretarlo en el sentido de que lo que no está autorizado, está tácitamente prohibido, máxime cuando la adaptación del planeamiento incumbe al consistorio municipal que tiene el deber de realizar esa adecuación a lo dispuesto al Plan Territorial y al Plan Director Sectorial. En el informe técnico que sirve de base para la denegación se indica que las instalaciones de telecomunicaciones no están previstas entre las definiciones de infraestructuras incluidas en el uso de servicios en las NNSS de 1.980, de forma que en esa normativa los usos permitidos en esa zona son garajes y

aparcamientos colectivos conforme al artículo 156, pero no se prohíbe expresamente el uso de infraestructuras de telecomunicaciones y ello básicamente porque no están previstas en ese planeamiento que debe ser adaptado al ordenamiento jurídico y la Plan Director Sectorial y demás normativa de planeamiento.

Así las cosas ha de estarse a la tónica ya resuelta por la Sala de que no es posible considerar que ese silencio supone una prohibición tácita. Por lo tanto la no regulación expresa de ese uso en esa zona no equivale ni ha de ser interpretada en el sentido de prohibición, cuando como ocurre en el caso es el ayuntamiento el que ha de adaptarse a la normativa de superior rango en donde sí se contemplan esas infraestructuras.

En cuanto a la aplicación del PGOU aprobado inicialmente en Febrero de 2007 que en su artículo 6.3.02 admitía expresamente ese uso en dicha clase de suelo Intensivo, tal y como pretende la parte recurrente, no es posible su aplicación, porque transcurridos los dos años desde su aprobación inicial no se aprobó definitivamente, de forma que la normativa aplicable en ese municipio son las NNSS de 1.980, que no obstante no puede ser interpretadas ni aplicadas en el modo y forma que el Ayuntamiento ha hecho en este caso, tal y como se ha expuesto.

CUARTO: Ahora bien en qué influye el hecho de que el edificio esté fuera de ordenación, que es argumento que utiliza la sentencia apelada para confirmar el acto impugnado. Lo primero que ha de señalarse es que ese argumento no es válido esgrimirlo en el momento en que se valora la licencia de actividad, sino que lo sería a propósito de la licencia de obra, pero a la vista de que se ha aducido por el ayuntamiento apelado y la sentencia lo refleja, la Sala ha de responder que en supuesto idéntico resuelto en Sentencia 511/2011 de 29 de junio se decía que del artículo 2 de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, lo que se deduce es que las instalaciones de telefonía móvil no son conceptualmente "edificaciones", por lo que si carecen de esta condición, difícilmente pueden aplicárseles los parámetros urbanísticos para aquéllas. Así si una edificación fuera de ordenación no permite a tenor del artículo 1-3 de la ley 8/1988 realizar obras de consolidación, de aumento de volumen, de modernización o de incremento de valor de expropiación, pero sí las pequeñas reparaciones que exigen la higiene de las personas que deban residir o deban ocupar los citados edificios, al no ser las instalaciones ninguna edificación, sí podría albergar ese tipo de elementos, pues conceptualmente una estación base no es una edificación.

En resumen, como la instalación que se pretende no es una obra, no estaría afectada por la prohibición que contempla el apartado 3º del artículo 1 de la ley 8/1988 .

Concluyendo, la denegación de la licencia de actividad de la estación base de telefonía móvil en la Calle Salvador Juan 2 de Manacor por no ser admisible ese uso en zona Intensiva A-2 conforme a las NNSS de 1.980 es contraria a derecho y la Resolución del Ayuntamiento de 29 de junio de 2.008 confirmada por silencio en la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto en su contra, debe ser anulada. En consecuencia debemos estimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado que confirmó la legalidad de aquellos actos y procede su revocación íntegra.

QUINTO: En materia de costas la estimación del recurso determina que no se haga imposición de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS:

1º) **ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la Sentencia nº 268/2011 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 que **REVOCAMOS** íntegramente.

2º) **ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO** interpuesto por FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A. contra la denegación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del Ayuntamiento de Manacor, de fecha 29 de julio de 2008 que denegó la solicitud de autorización de instalación de la actividad permanente de estación base de telefonía móvil en la Avenida Salvador Juan, número 2 de Manacor.

3º) **ANULAMOS** el acto administrativo impugnado por ser contrario a la legalidad del ordenamiento jurídico.

4º) sin costas en esta instancia.

Contra la presente sentencia **no** cabe recurso ordinario.

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



PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ