



Roj: **STSJ PV 4207/2012 - ECLI:ES:TSJPV:2012:4207**

Id Cendoj: **48020330022012100579**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **09/11/2012**

Nº de Recurso: **1064/2010**

Nº de Resolución: **599/2012**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **ANGEL RUIZ RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 1064/2010

SENTENCIA NÚMERO 599/2012

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DON ÁNGEL RUIZ RUIZ

MAGISTRADOS:

DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

DOÑA MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En la Villa de Bilbao, a nueve de noviembre de dos mil doce.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación contra la sentencia 211/2010, de 21 de junio de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Donostia-San Sebastián, que declaró la inadmisibilidad del recurso 1037/2009, seguido por los trámites del Procedimiento Ordinario contra resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Arrasate-Mondragón de 2 de octubre de 2009 por la que se dispuso: (1) no conceder licencia de instalación de la actividad de estación de base de telefonía móvil encima del depósito de aguas dentro del ámbito A.E.18-Garaia, estando a artículo 94 de la Normativa Urbanística del PGOU; (2) reiterar la orden de reiterada de la antena y del tendido aéreo dada por Resolución de la Alcaldía de 4 de septiembre de 2009.

Son parte:

- **Apelante** : Telefónica Móviles España S.A., representada por el Procurador don Luis Pablo López-Abadía Rodrigo y dirigida por el Letrado don Jesús María Conde Redondo.

- **Apelado** : Ayuntamiento de Arrasate-Mondragón, representado por el Procurador don Alberto Arenaza Artabe y dirigido por el Letrado don Eneko Antzuola Martínez de Antzoñana.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don ÁNGEL RUIZ RUIZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por Telefónica Móviles España S.A. recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia estimatoria que, revocando la recurrida, declare la admisibilidad a trámite de la demanda y estime el fondo de la misma.



SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

Por el Ayuntamiento de Arrasate se presentó escrito de oposición al recurso de apelación formulado de contrario, interesando se acuerde inadmitir dicho recurso o, de forma subsidiaria, dicte sentencia confirmatoria, ratificando en todos sus extremos la sentencia nº 211/10, de 21 de junio, objeto del presente recurso. Todo ello con expresa imposición a la mercantil recurrente de las costas procesales de esta instancia.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 6 de noviembre de 2012, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de apelación.

Telefónica Móviles España, S.A. recurre en apelación la sentencia 211/2010, de 21 de junio de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Donostia-San Sebastián, que declaró la inadmisibilidad del recurso 1037/2009, seguido por los trámites del Procedimiento Ordinario contra resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Arrasate-Mondragón de 2 de octubre de 2009 por la que se dispuso: (1) no conceder licencia de instalación de la actividad de estación de base de telefonía móvil encima del depósito de aguas dentro del ámbito A.E.18-Garaia, estando a artículo 94 de la Normativa Urbanística del PGOU; (2) reiterar la orden de reiterada de la antena y del tendido aéreo dada por Resolución de la Alcaldía de 4 de septiembre de 2009; inadmisibilidad acordada porque el recurso venía interpuesto por persona no debidamente representada, con remisión al art. 69.b) en relación con el 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción, por falta del documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que le sean de aplicación.

SEGUNDO.- La sentencia apelada.

Tras recoger el acto recurrido, las pretensiones de la demandante y de oposición del Ayuntamiento demandado, pasó a analizar la causa de inadmisibilidad por falta de acuerdo estatutario acreditativo de la voluntad para interponer el recurso por parte de la demandante, para lo que enlaza con las previsiones del art. 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción y retoma, por un lado, lo que se razonó en la STS de 24 de junio de 2003, así como la de esta Sala de 11 de julio de 2008 recaída en el recurso 2213/2002.

Tras ello, refiere que la demandante presentó junto al escrito de interposición del recurso poder general para pleitos, otorgado el 16 de noviembre de 2000, que colmaba las exigencias del art. 45.2.a) de la Ley de la Jurisdicción, pero resultaba notoriamente insuficiente a los efectos del inciso d) de dicho artículo, por no acreditar la voluntad de la mercantil recurrente de interponer el concreto recurso.

Recoge:

(1) Que a requerimiento del Juzgado se presentó el 23 de diciembre de 2009 copia de una certificación del Secretario del Consejo de Administración de la demandante, del que se desprendía que el 1 de septiembre de 2008 se acordó autorizar a los letrados y procuradores apoderados la interposición de cuantos recursos contencioso-administrativos estimaran necesarios para la defensa de los intereses de la entidad, documento que también se consideró insuficiente a los efectos del art. 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción por no venir referido al presente recurso, al consistir una mera autorización genérica a letrados y procuradores para el ejercicio de las facultades conferidas en virtud del poder general para pleitos.

(2) Que fue en el escrito de contestación a la demanda donde se alegó por el Ayuntamiento demandado la inadmisibilidad el recurso, sin que la demandante hubiera subsanado la carencia a lo largo del procedimiento, a pesar de que se alegó, también, por el Ayuntamiento en fase de conclusiones escritas, para precisar que en aras del principio *pro actione*, a la vista del silencio de la recurrente sobre la cuestión, el Juzgado, de oficio, acordó el 18 de mayo de 2010 volver a requerir a la demandante para que aportara el documento referido en el art. 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción, sin que se hubiera presentado lo que concluyó en que procedía declarar inadmisibile el recurso de acuerdo con el art. 69.b) de la Ley de la Jurisdicción, por haberse interpuesto el recurso por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada.



Tras ello, entra a analizar la cuestión de fondo, con carácter subsidiario, con la precisión que se hizo de que sería relevante porque por razón de la cuantía esta Sala carecería de competencia funcional para resolver el debate de fondo, lo que implicaría, de revocar la sentencia apelada al no apreciar la causa de inadmisibilidad, dilación en la resolución.

Sobre ello solo queda remitirnos a lo que la Sala ya ha razonado en el Auto de 20 de diciembre de 2010 al resolver el debate sobre la admisibilidad del presente recurso de apelación en el que, en lo que interesa, razonábamos como sigue:

<< [...] de forma reiterada la Sala viene manifestando [- sin desconocer el debate que sobre ello se ha generado y que además es propio de la Sentencia que recaiga en el recurso de apelación -] que como ordena el artículo 85.10 de la Ley de la Jurisdicción , sin necesidad de efectuar precisiones porque no nos encontramos ante las singularidades propias del Procedimiento Abreviado, que cuando la Sala revoca en apelación una sentencia que ha declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo, debe resolver al mismo tiempo sobre el fondo del asunto, sin que el precepto distinga entre asuntos de cuantía superior o no a 18.000 euros >>.

La sentencia apelada considera que en el ámbito de fondo el recurso debería ser desestimado aunque fuera admisible, partiendo del art. 2.1 de la Ley 32/2003 , general de telecomunicaciones, enlazando con su art. 5.2 y lo que plasma en su art. 28 y 29, regulación de la que, se dice, se desprende que a pesar de la declaración de utilidad de pública de las telecomunicaciones no enerva la posibilidad de que cada administración pública en el ejercicio de sus respectivas competencias pueda imponer límites legales al derecho de ocupación de dominio público y privado de los operadores por razones de protección del medio ambiente, salud pública, seguridad pública, defensa nacional u ordenación urbana y territorial, siempre y cuando dichas restricciones guarden proporción con el interés público que salvaguardan y no determinen restricciones absolutas al derecho de ocupación y ello con remisión a la sentencia de esta Sala de 15 de julio de 2009, recaída en el recurso 260/2008 , en la que se recoge lo que se razonó en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006, recaída en el recurso 8783/2003 .

Tras ello, retoma el art. 207.1.q) de la Ley 2/2206 , de suelo y urbanismo del País Vasco, donde se recoge que los actos están sujetos a licencia urbanística, con una regulación coherente con lo que venía establecido en el art. 149 del Plan General de Ordenación Urbana de Arrasate aprobado definitivamente por el Consejo de Diputados de la Diputación Foral el 8 de abril de 2003.

También enlaza con el contenido del art. 94 del Plan General de Ordenación Urbana, donde se recogen restricciones en la instalación de antenas en los términos que la sentencia incorpora, en concreto, para prever que las antenas destinadas a prestación de servicios, entre otros, de telefonía móvil únicamente pueden ser instalados en los ámbitos específicos destinados a tal fin, así zona de Murugain y zona Kurtze Txiki, previendo que, igualmente, por circunstancias sobrevenidas el Ayuntamiento pueda considerar oportuno habilitar alguna zona más para tal uso, siendo preciso la tramitación prevista en la legislación urbanística para las instalaciones de utilidad pública e interés social.

Con ello, concluyó la sentencia apelada que estando a dicha normativa urbanística, en el marco del legítimo ejercicio de las competencias en materia de ordenación urbanística, se fijaran restricciones de índole geográfica para la instalación en el municipio de antenas destinadas a prestar servicio de transmisión y repetición y/o enlace de telecomunicaciones, que, en absoluto, implicaban restricción absoluta o desproporcionado el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada de los operadores, por lo que al haberse instalado la estación base de telefonía móvil fuera de los ámbitos geográficos determinados por el art. 94 del Plan General de Ordenación Urbana y no constando que por el Ayuntamiento se hubiera permitido tal instalación en atención a circunstancias sobrevenidas tecnológicas o de otra índole, ni que se hubiera solicitado por la demandante tramitación del correspondiente expediente al efecto, era contraria al planeamiento y, por ello, ilegalizable, por lo que se ratificó que procedería la íntegra desestimación del recurso como se plasmó, aunque el mismo fuera admisible.

TERCERO.- Recurso de apelación Telefónica Móviles España, S.A.

Interesa de la Sala que dicte sentencia por la lo estime, para revocar la sentencia apelada, declarar la admisibilidad a trámite del recurso y estimar el fondo estando a la demanda.

En relación con el pronunciamiento acordado por la sentencia apelada de inadmisibilidad, el recurso de apelación considera que los razonamientos de ésta, a los que antes nos referíamos, contravienen la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con cita de la sentencia de 14 de mayo de 2009, recaída en el recurso de casación 3311/2008 , que estimó recurso de casación interpuesto por la apelante contra sentencia de la Sección Primera de esta Sala de 27 de mayo de 2008 ; se retoman los razonamientos de la sentencia del Tribunal Supremo que se citan, para señalar que había ratificado que era suficiente el acuerdo de recurrir de la



Secretaría General, por estar facultada para ello en virtud del apoderamiento otorgado al efecto; se dice que tal doctrina se confirmó por la STS de 17 de junio de 2009 .

También se hace cita del Auto de 1 de octubre de 2003 recaído en el recurso 100/2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional , así como de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de 18 de septiembre de 2007, recaída en el recurso 530/2006 .

En relación con el debate de fondo, que como veíamos la sentencia apelada analiza con carácter subsidiario, se remite a los razonamientos de la sentencia apelada, a los que antes nos referíamos, para señalar que no se da respuesta a la alegación básica que trasladó la demanda, al hecho de la antena se encontraba ubicada en un polígono industrial, específicamente delimitado para acoger, precisamente, instalaciones industriales como la que estaba en cuestión, por más que no se incluyera en las zonas previstas en el art. 94 del Plan General, por lo que se invoca, como se dice por analogía, el carácter legalizable, porque, se dice, la posibilidad de extender las zonas geográficas admisibles a otras distintas que las dos inicialmente previstas, sí está recogido en el art. 94 del Plan General.

Tras ello, el recurso de apelación incorpora, como se dice para mayor claridad, las alegaciones que al respecto incorporó en la demanda y que no habrían tenido respuesta, así insistió en que la antena se encontraba ubicada en un parque tecnológico en el ámbito AE.18.Garaia cuyo uso principal era el de parque tecnológico, con alusión a que ello justificaba la necesidad de cobertura del servicio de telefonía móvil a los efectos de que el citado parque pudiera funcionar, así como al señalar que cualquiera que sea la literalidad de la normativa urbanística se consideró razonable y ajustada al uso como parque tecnológico la ubicación de la antena.

Se insistió en las pautas del art. 94 de la normativa del Plan General, en concreto, la previsión que en relación a la posibilidad de instalar las estaciones de telefonía móvil cuando se autorizase por el Ayuntamiento, justificado en razones de utilidad pública e interés social, considerándose de aplicación el art. 28.5 de la Ley del Suelo , así en relación con lo que se recoge en su apartado a) enlazando con el art. 32.1.a) de la misma, para remarcar que el propio art. 94 del Plan General es el que expresamente venía reconociendo la utilidad pública e interés social de las instalaciones de telefonía móvil, por su expresa remisión al procedimiento para este tipo de instalaciones, declaración de interés público que para la demanda suponía que de él se beneficiarían las instalaciones de telecomunicaciones con arreglo a la normativa estatal que regía el sector, que es por lo que se concluyó que la instalación que estaba en cuestión debía tenerse por legalizable, por lo que debía concederse la licencia solicitada con revocación de la orden de desmontaje que se había dictado por el Ayuntamiento.

CUARTO.- Oposición del Ayuntamiento de Arrasate-Mondragón.

Interesó, con carácter preferente, la inadmisibilidad por razón de la cuantía, y la ratificación del pronunciamiento de inadmisibilidad acordado por la sentencia apelada porque había entrado a resolver con carácter subsidiario el debate de fondo, debate sobre la inadmisibilidad que ya quedó zanjado en su momento con el Auto de la Sala de 20 de diciembre de 2010 que rechazó la petición del Ayuntamiento apelado, a cuyos argumentos nos remitimos.

El Ayuntamiento defiende el pronunciamiento de inadmisibilidad del recurso acordado por la sentencia apelada en aplicación de las pautas y presupuestos que se derivan de la aplicación del art. 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción , rechazando que fuera válido el acuerdo en el que se quiere sustentar la demandante, ahora apelante, y para señalar que las sentencias que se refieren en el recurso de apelación lo serían en relación con supuestos en los que existían escrituras de apoderamiento otorgadas por órganos de personas jurídicas a favor de personas físicas, habilitándose a éstas para la interposición de recursos cuando en el presente supuesto sería distinto, porque no se trata de una falta de acuerdo ni de que la persona que lo otorga no esté capacitada sino que el acuerdo adoptado por el Consejo de Administración no sería válido para interponer recurso contra el Ayuntamiento de Arrasate de 2 de octubre de 2009 que denegó la licencia, que, se dice, frente a ello nada aduce el recurso de apelación.

Señala que el documento del Consejo de Administración se encuentra fechado el 18 de septiembre de 2008, por lo que es previo incluso la resolución que se recurre, no haciendo siquiera referencia a la resolución recurrida, por lo que no sería otra cosa que un documento acreditativo de un acuerdo del Consejo de Administración genérico sobre el ejercicio de acciones, pero sin cumplir el art. 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción , por lo que se está ante un acuerdo del que no se constata la voluntad de recurrir la concreta resolución de la Alcaldía de 2 de octubre de 2009, que decidió no conceder licencia sobre la licencia solicitada por lo que no existe el acuerdo que cumpla los requisitos del art. 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción .

En relación con la cuestión de fondo se asumen las conclusiones de la sentencia apelada sobre ello al tratarla de forma subsidiaria, para insistir que la estación base de telefonía móvil situada en el depósito de aguas de la AE-18.Garaia de Arrasate no sería legalizable por ser contrario a la normativa urbanística vigente en el



municipio, porque el Plan General prohíbe de manera expresa la instalación de antenas de telefonía móvil en zonas que no sean Murugain y Kurtze Txiki.

Sobre este tema y el debate de fondo, se señala por el Ayuntamiento que la Sala no debería entrar a analizarlo por estar ante una cuantía que no alcanza los 18.000 euros, sobre lo que nuevamente nos remitimos a las conclusiones y razonamientos recogidos en el Auto de 20 de diciembre de 2010, en el que se dio respuesta a la inadmisibilidad pretendida del recurso de apelación en relación con los razonamientos que había incorporado la sentencia apelada.

Precisa el Ayuntamiento que debe tenerse en cuenta que el objeto del pleito no es la resolución de la Alcaldía de 4 de septiembre de 2009 por la que se declaró la ilegalidad y se ordenó el desmontaje de la instalación, sino la resolución de la Alcaldía de 2 de octubre de 2009 que resolvió no conceder la licencia que había sido solicitada con posterioridad a la resolución de 4 de septiembre de 2009; sobre ello precisaremos que, como veíamos, la sentencia apelada ya se refiere como objeto del recurso a la citada resolución de 2 de octubre de 2009.

Por ello, se va a decir que el apelante incurriría en desviación procesal cuando efectúa alegaciones propias de la legalidad de la instalación, así como cuando en el suplico de la demanda incluyó dentro de sus pretensiones la de que se declarara la nulidad de la orden de reiterada de la instalación, para señalar que sería ésta una orden firme e inatacable.

El Ayuntamiento defiende la conformidad a derecho del fundamento quinto de la sentencia apelada, con rechazo de los alegatos del apelante que, como veíamos, se remite y reitera los que traslada con la demanda, vinculados sobremanera a la previsión del Plan General en su art. 94 de localizaciones concretas en el término municipal para instalar las estaciones base de telefonía móvil, defendiendo que es el Ayuntamiento el que tiene la potestad para habilitar alguna zona más, en su caso, que las ya determinadas, lo que, se dice, se conoce perfectamente por la apelante porque en abril de 2004 presentó solicitud para la instalación de estaciones de base de telefonía móvil en cuatro zonas del municipio, habiéndose tramitado por el Ayuntamiento expediente de declaración de utilidad pública e interés social en los cuatro emplazamientos, para precisar que en el momento en que fue requerida para la presentación de documentación adicional no prosiguió con el mismo, por lo que se le tuvo por desistida.

Por ello, señala que la apelante conocía y asumía las limitaciones que la materia regía en el municipio de Arrasate, siendo consciente de la imposibilidad de obtener la licencia que solicitó, por lo que se defiende que se ha preferido instalar ilegalmente estaciones de telefonía en lugar de tramitar el expediente procedente, pretendiendo que se hagan interpretaciones más laxas de la normativa urbanística vigente.

Se dice que se sorprende del interés del apelante sobre la necesidad de dar cobertura a telefonía móvil, al Parque Tecnológico de Garaia, cuando previamente en otros expedientes ha desistido de la posibilidad de ampliar las zonas de instalación de antenas.

También señala que en el municipio de Arrasate regiría la Orden Ministerial de 21 de noviembre de 2001, por la que se declaró la utilización compartida del dominio público local de titularidad municipal, que implica que en materia de licencias individuales para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones, previstas en la Ley General de Telecomunicaciones, deben otorgarse conforme a lo dispuesto en la legislación de régimen local retomando el art. 29.1 de la Ley 33/2003, general de telecomunicaciones, para enlazar con las previsiones de la Ley del Suelo 2/2006 y la sentencia de esta Sala de 15 de julio de 2009, recaída en el recurso 260/2008 en relación con la competencia municipal para establecer en el planeamiento urbanístico condiciones a la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones.

El Ayuntamiento concluye en relación con la alegación de la apelante con remisión, como veíamos, a su demanda respecto a la utilidad pública de la instalación y la aplicación del art. 32.1.a) de la Ley del Suelo que se olvida la mercantil apelante que ha instalado de forma ilegal la antena de telefonía móvil con el cableado en un suelo no urbanizable, remitiéndose a los usos en el suelo no urbanizable, según el art. 21 de la Ley del Suelo y Urbanismo, remitiéndose a las previsiones del Plan General en relación con los ámbitos susceptibles de instalar antenas de telefonía móvil, esto es, retomando las previsiones del art. 94 del Plan General.

En relación con lo debatido sobre el carácter de utilidad pública e interés social de las instalaciones de telefonía móvil dirigido a mantener la estación de base, se dice que decae porque la jurisprudencia había negado repetidamente que la declaración de interés público, reconocido por la normativa estatal que rige el sector, exima del cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación urbanística.

QUINTO.- Acuerdo de recurrir en cumplimiento del artículo 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, e inadmisibilidad del recurso del art. 69.b).



Ratificando la admisibilidad del recurso de apelación en relación con el pronunciamiento de inadmisibilidad acordado por la sentencia apelada, y remitiéndonos a las conclusiones y razonamientos del Auto de 20 de diciembre de 2010 en el que dimos respuesta a la pretensión de inadmisibilidad articulada por la Administración apelada, precisaremos que sobre la exigencia de que la parte recurrente aporte el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones por las personas jurídicas, con arreglo a las normas o estatutos que le sean de aplicación, en concreto en relación con las sociedades mercantiles, para dar cumplimiento a lo exigido por el art. 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción, y la causa de inadmisibilidad del art. 69.b), como venimos señalando en supuestos varios, se ha debatido mucho e, incluso, podemos concluir que existirían pronunciamientos no plenamente coincidentes en sede del Tribunal Supremo.

La respuesta a esta causa de inadmisibilidad apreciada por la sentencia apelada, hace oportuno tener en cuenta que este ámbito se ha de aplicar el ordenamiento jurídico bajo los prismas del principio *pro actione* dado que está en juego la inadmisión del recurso contencioso administrativo, esto es el cierre de un pronunciamiento inicial de fondo, con incidencia en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del Art. 24 de la CE; así podemos traer a colación el resumen de la doctrina del TC recogida, entre otras, en la sentencia 158/00, de 12 de junio, en la que, en lo que interesa, en su fundamento jurídico 5 señala lo siguiente:

<< (...) la proclamación del derecho a la tutela judicial efectiva llevada a cabo en el art. 24.1 CE no implica el reconocimiento de un derecho a un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión llevada ante los órganos judiciales, pudiendo quedar satisfecho con una decisión de inadmisión siempre y cuando esta respuesta sea consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia (entre las más recientes, SSTC 8/1998, de 13 de enero; 115/1999, de 14 de junio; 122/1999, de 28 de junio; 157/1999, de 14 de septiembre, y 167/1999, de 27 de septiembre). Igualmente, venimos sosteniendo que, con carácter general, la decisión sobre la admisión o no de una demanda, así como la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos materiales y procesales de la misma son cuestiones de estricta legalidad ordinaria, cuya resolución corresponde exclusivamente a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad que privativamente les confiere el art. 117.3 CE, pues es facultad propia de la jurisdicción ordinaria determinar cuál sea la norma aplicable al supuesto controvertido (por todas, SSTC 147/1997, de 16 de septiembre, FJ 2; 39/1999, de 22 de marzo, FJ 3, y 122/1999, FJ 2).

Ahora bien, se exceptúan de tal regla aquellos supuestos en los que la interpretación efectuada por el órgano judicial de esta normativa sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente y, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, en los casos en los que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican. Dicha ampliación de los cánones de control constitucional es consecuencia de la mayor intensidad con que se proyecta el principio "pro actione" cuando lo que está en juego es la obtención de una primera decisión judicial (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 36/1997, de 25 de febrero, FJ 3; 119/1998, de 4 de junio, y 122/1999, FJ 2), toda vez que, como ha significado la reciente STC 63/1999, de 26 de abril, "el principio "pro actione" opera en este caso sobre los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia, impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida" (FJ 2) >>.

Lo importante, en este caso, es tomar como punto de partida la necesidad de la aplicación flexible en relación con el principio *pro actione*, referido reiteradamente por el Tribunal Constitucional, porque la admisión de la inadmisibilidad supondría excluir un pronunciamiento inicial de fondo, lo que además enlaza con la posibilidad, reiteradamente plasmada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la subsanabilidad de las exigencias, en concreto la que aquí nos ocupa, de la acreditación documental del requisito del art. 45.2 d) de la Ley de la Jurisdicción.

Oportuno es traer a colación la STS de 11 de diciembre de 2009, de la Sección Segunda de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en relación con recurso seguido ante la Sección Primera de esta Sala y Auto de 6 de noviembre de 2008, que había declarado la inadmisibilidad de recurso interpuesto por Altadis, S.A., acabó concluyendo en la estimación del recurso de casación, con revocación del pronunciamiento de inadmisibilidad, ordenando la continuación de las actuaciones, al ratificar la admisión del recurso contencioso-administrativo, sentencia que va a concluir que el art. 45.2 de la Ley de la Jurisdicción debía interpretarse en el sentido de que, tratándose de recursos interpuestos por entidades mercantiles, sólo resultan exigibles los requisitos previstos en las letras a) y c) del mismo, por lo que no se incluye el supuesto e) que es el que aquí nos ocupa, sentencia que va a hacer alusión a que en ese sentido se habían pronunciado las sentencias de la misma Sala y Sección del Tribunal Supremo de 5 y 14 de mayo de 2009, recaídas en los recursos 3307/08 y 3311/08, así como la de 17 de junio de 2009 recaída en el recurso 3123/08.

Sentencias todas ellas recaídas en relación con pronunciamientos de la Sección Primera de esta Sala: la de 5 de mayo de 2009 en relación con recurso interpuesto por Telefónica contra el Ayuntamiento de Bilbao; la



de 14 de mayo de 2009 , en recurso interpuesto por Telefónica Móviles, S.A. [- es la que refiere el recurso de apelación, recaída en el recurso de casación 3311/2008 -], recurso dirigido contra el Ayuntamiento de Amorebieta y, finalmente, la sentencia de 17 de junio de 2009 , recaída en recurso interpuesto por Telefónica contra el Ayuntamiento de Vitoria; sentencias todas ellas con las que el Tribunal Supremo estimó recursos de casación y revocó pronunciamientos de archivo, tras concluir, y examinando los antecedentes, que la representación conferida lo había sido por quien podía hacerlo, implicando además la delegación de decidir sobre la ejecución de acciones, al señalar que constaba que el Consejo de Administración podía delegar la facultad de decidir el ejercicio de acciones en el Consejo Delegado, y que éste tenía delegadas de modo general y permanente todas las facultades que le correspondían al Consejo de Administración, con excepción de las legalmente indelegables, otorgándose escritura de apoderamiento con amplias facultades para administrar, gestionar y representar a la sociedad, señalando que no se estaba ante un simple poder para pleitos, porque el apoderamiento se había realizado por quien en la fecha del otorgamiento ostentaba la cualidad de Consejero Delegado con facultades para ejercitar acciones en nombre de la sociedad.

En lo que interesa, remitiéndonos entre las sentencias referidas a la de 14 de mayo de 2009, recaída en el recurso de casación 3311/08 , que como decíamos es la que refiere el recurso de apelación, se va a concluir que era suficiente el acuerdo de recurrir de la Secretaría General, por estar facultada para ello en virtud de apoderamiento otorgado al efecto.

Expuesto lo anterior, y como cabecera de lo que se razonará a continuación, es oportuno retomar de los antecedentes de los autos de primera instancia, que son los que siguen:

1.- Tras la interposición del recurso el Juzgado, por Providencia, requirió a la recurrente para que aportara el oportuno acuerdo, esto es, para dar cumplimiento a la exigencia de lo previsto en el art. 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción .

2.- Se aportó por la recurrente certificación del Secretario del Consejo de Administración de Telefónica Móviles España, S.A., plasmando que el Consejo de Administración, el 1 de septiembre de 2008, había autorizado la interposición en nombre y representación de la sociedad por parte de los letrados y procuradores debidamente apoderados cuantos recursos contencioso-administrativos estimaran necesarios o convenientes para la defensa de los derechos e intereses de la sociedad, contra las disposiciones, actos, inactividades o actuaciones constitutivas de vía de hecho de todo el ámbito del art. 1 de la Ley de la Jurisdicción , ante todas las instancias jurisdiccionales, incluyendo la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, así, en su acuerdo primero.

3.- El Juzgado, por Providencia de 29 de diciembre de 2009, tuvo por subsanado el defecto y dio curso al recurso.

4.- Fue la contestación del Ayuntamiento de Arrasate-Mondragón la que insistió en el planteamiento de la inadmisibilidad finalmente apreciada por la sentencia apelada, sobre lo que no hizo ninguna alegación la recurrente en su escrito de conclusiones, dado que se remitió, sin más, a la demanda, inadmisibilidad sobre la que insistió el Ayuntamiento, rechazando que la documentación aportada acredite que el órgano competente de la sociedad recurrente hubiera tomado la decisión de recurrir el concreto acto administrativo.

5.- El Juzgado, por Providencia de 18 de mayo de 2010, acordó dirigir requerimiento a la recurrente para que en plazo de 10 días aportara el acuerdo estatutario para interponer el recurso acreditativo de la voluntad del órgano competente, para establecer acciones judiciales con arreglo a las normas o estatutos que le sean de aplicación, esto es, con expresa traslación del contenido del art. 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción , plasmando que era insuficiente el acuerdo societario genérico presentado el 23 de diciembre de 2009, la certificación antes referida del Secretario del Consejo de Administración respecto al contenido del acuerdo de éste de 1 de septiembre de 2008.

6.- La recurrente dejó caducar el trámite concedido, ni recurrió, ni alegó, ni aportó documentación alguna.

Con ello, para la Sala, sin necesidad de insistir en los distintos pronunciamientos que han recaído en sede jurisprudencial, en sede del Tribunal Supremo, singularmente en relación con Telefónica, a lo que en parte ya nos hemos referido, nos remitimos, por todas, a la sentencia que refiere el recurso de apelación de 14 de mayo de 2009, recaída en el recurso de casación 3311/2008 , es oportuno hacer cita, entre las más recientes, de la STS de 11 de octubre de 2011, recaída en el recurso de casación 2149/2006 , para concluir que no se excluye, la exigencia de aportar la acreditación de que el órgano estatutariamente competente ha tomado la decisión de recurrir, incluso en relación con las personas jurídicas privadas, y ello de conformidad con sus normas o estatutos.

En este caso no sólo no se aportaron los estatutos, sin perjuicio de lo que se podría considerar que a tales efectos que el Consejo de Administración sería órgano estatutario competente para tomar la decisión de recurrir, pero nos encontramos con que no se aportó ninguna decisión expresa en relación con el recurso



dirigido contra el acto administrativo al que se refería el escrito de interposición con posterioridad a él, dado que con el escrito de interposición se acompañó el general para pleitos de fecha 16 de noviembre de 2000, habiéndose aportado con posterioridad certificación del acuerdo del Consejo de Administración de 1 de septiembre de 2008, por lo que, en un supuesto como el presente, y ante la falta de actuación por la propia sociedad recurrente contra la decisión acordada en la Providencia de 18 de mayo de 2010, en la que se dispuso que insuficiente era el acuerdo que se había aportado sin que se subsanara ni se alegara nada al respecto, no cabe sino concluir en que procedente en derecho fue el pronunciamiento de inadmisibilidad acordado.

SEXTO.- Los argumentos de la demanda no podían soportar la legalización pretendida.

Sin perjuicio de ello, incidiremos someramente en lo debatido y resuelto por la sentencia apelada, para concluir en rechazar los argumentos que incorporó la demanda, en los que ahora insiste en el recurso de apelación, sobre la posibilidad de legalización de la antena en el ámbito de la AE18 Garaia, sin perjuicio de reconocer que, efectivamente, la demanda incidía en un ámbito de discusión en el que la sentencia apelada, en su estudio subsidiario de la cuestión de fondo en los términos que veíamos, no incidió, porque lo que se pretendía era que la instalación era legalizable por considerarla de utilidad pública o interés social, enlazando con las previsiones del art. 94 de la Normativa Urbanística y las previsiones de la Ley 2/2006 de suelo y urbanismo del País Vasco, así en su art. 28.5 cuando prevé que se puedan llevar a cabo en suelo no urbanizable, en su apartado a),:

<< Las actuaciones dirigidas específicamente y con carácter exclusivo al establecimiento de dotaciones, equipamientos y actividades declarados de interés público por la legislación sectorial aplicable o por el planeamiento territorial, y que en todo caso, y para el caso concreto, sean además declaradas de interés público por resolución de la diputación foral correspondiente previo trámite de información pública de veinte días >>.

Ello lo enlazó la demanda con las previsiones del art. 32.1.a), con la remisión que hace al art 28.5 a), en relación con los usos y actividades en suelo urbanizable y urbano no consolidado hasta la aprobación de programa de actuación urbanizadora

Con ello la demanda precisó que el artículo 94 de la Normativa Urbanística del PGOU vendría a reconocer la utilidad pública e interés social de las instalaciones de telefonía móvil, además de señalar que la declaración de interés público la tendrían tales instalaciones con arreglo a la normativa estatal que regía el sector, que es por lo que se defendía que se debía legalizar, y por ello conceder la licencia solicitada y revocarse la orden de desmontaje que se había acordado.

Aquí en principio, con la sentencia apelada debemos partir de que la normativa urbanística de aplicación recogida en el expediente, del art. 94 referido a los << elementos singulares, letreros y antenas >>, que en la segunda parte, en cuanto a las antenas, va a recoger:

<< Las antenas destinadas a prestar servicios de transmisión, repetición y/o enlace de telecomunicaciones (telefonía fija y móvil, televisión, radio ...) únicamente podrán ser instaladas en los ámbitos específicos destinados a tal fin (en las áreas incluidas en los expedientes tramitados al efecto): zona de Murugain y zona de Kurtze-Txiki >>.

El precepto concluía con lo siguiente:

<< Si por circunstancias sobrevenidas (tecnológicas o de otra índole) el Ayuntamiento considera necesario y oportuno habilitar alguna zona más para dicho uso, será precisa la tramitación prevista en la legislación urbanística para las instalaciones de utilidad pública e interés social >>.

Aquí, en primer lugar, no es necesario profundizar en la normativa sectorial sobre telecomunicaciones, el interés público expresamente dispuesto por la ley, pero sí señalar con la jurisprudencia que en este ámbito está reconocida la incidencia de las competencias municipales, singularmente en el ámbito urbanístico.

Ello en principio lleva a concluir que el planificador urbanístico, el planeamiento municipal, puede prever zonas concretas para instalar estaciones base de telefonía móvil, las antenas o torretas, y ello en un supuesto como el presente, en el que no se ha acreditado que las zonas previstas por el planeamiento de Arrasate-Mondragón sean suficientes y hábiles para cumplir con el servicio público en los términos exigidos por la ley sectorial.

Por otro lado, el hecho de que la antena se encontrara ubicada en un polígono industrial, específicamente habilitado para acoger instalaciones industriales, no podía justificar, como defiende la apelante, que por analogía sea legalizable, dado que nos encontramos ante un tipo de instalación para la que el planificador urbanístico expresamente ha previsto concretos ámbitos de localización, debemos recordar que el art. 94 de la normativa urbanística se refería a << únicamente podrán ser instalados en los ámbitos específicos y destinados a tal fin >>; por lo que, sin perjuicio de la naturaleza de la propia instalación, no puede considerarse que en relación con los usos industriales pueda instalarse, si no se quiere violentar la norma específica, que ha de considerarse de aplicación preferente frente a la genérica, en concreto, en relación con los usos y actividades a



desarrollar en los distintos ámbitos y, en concreto, en lo que aquí interesa, en el ámbito AE18 Garaia del PGOU de Arrasate-Mondragón.

Por lo demás, la posibilidad de asentar instalaciones de utilidad pública o interés social en el régimen excepcional que refería la demanda, incluso en el ámbito del suelo no urbanizable, sin perjuicio del régimen específico, ha de considerarse que es excepcional y no tendría amparo para pretender instalaciones expresamente prohibidas, además de que siempre tendría que tener como presupuesto o justificación la exclusividad y necesidad, que necesaria fuese tal instalación de utilidad pública, sin entrar en este caso concreto a si encaja la calificación en ese ámbito, para asentarse donde en principio la legislación no permite tales usos y actividades, lo que, debemos insistir nuevamente, aquí no está acreditado dado que el presupuesto de cualquier tipo de debate en relación con ello hubiera exigido que las ubicaciones diseñadas por el planeamiento general, la zona Murugain y la zona Kurtze-Txiki, no sean aptas o adecuadas para dar servicio de telecomunicaciones en los términos de suficiencia y calidad exigidos por la legislación de telecomunicaciones; todo ello sin necesidad de insistir en lo que también ha trasladado el Ayuntamiento, así por Orden Ministerial de 21 de noviembre de 2001, publicada en el B.O.E. 296, de 11 de diciembre de 2001, se declaró la autorización compartida de dominio público local, de titularidad, entre otros municipios el de Mondragón en Gipuzkoa.

Por todo ello, en conclusión, en relación con lo decidido y debatido, sólo cabe ratificar las conclusiones alcanzadas por la sentencia apelada, y ello, por tanto, sin necesidad de hacer incursiones en lo que también se insiste por el Ayuntamiento cuando alude a la resolución de la Alcaldía de 4 de septiembre de 2009, que ordenó la retirada de la instalación de la antena en cuestión porque no se consideró legalizable, concediéndose plazo de 15 días para el cumplimiento de lo ordenado y con advertencia de incoar expediente sancionador, que excluye entrar a analizar si realmente se incurrió por la demandante en desviación procesal y qué incidencia, en su caso, tendría la pretensión del Ayuntamiento de estar ante una Orden previa firme e inatacable, esto es, en relación con la Orden de retirada.

SÉPTIMO .- Costas y Depósito.

Estando a los criterios en cuanto a costas del art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, como consecuencia de la desestimación del recurso de apelación, se impondrán las costas a la apelante, al no concurrir circunstancias que conduzcan a otro pronunciamiento, fijándose en 1.000 euros el importe máximo que se podrá girar por la Administración apelada en concepto de honorarios de letrado.

La desestimación del recurso de apelación tiene como consecuencia la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino previsto en la Disposición Adicional 15ª de la L.O.P.J.

Es por los anteriores fundamentos, por los que este Tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

Que, DESESTIMANDO el **recurso de apelación 1064/2010** interpuesto por Telefónica Móviles España S.A. contra la sentencia 211/2010, de 21 de junio de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Donostia-San Sebastián, que declaró la inadmisibilidad del recurso 1037/2009, seguido por los trámites del Procedimiento Ordinario contra resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Arrasate-Mondragón de 2 de octubre de 2009 por la que se dispuso: (1) no conceder licencia de instalación de la actividad de estación de base de telefonía móvil encima del depósito de aguas dentro del ámbito A.E.18-Garaia, estando a artículo 94 de la Normativa Urbanística del PGOU; (2) reiterar la orden de reiterada de la antena y del tendido aéreo dada por Resolución de la Alcaldía de 4 de septiembre de 2009, DEBEMOS:

1º.- Ratificar el pronunciamiento de la sentencia apelada, con desestimación de las pretensiones de la apelante.

2º.- Imponer las costas a la apelante, con los límites fijados en el FJ 7º.

La pérdida del depósito constituido al que se dará el destino previsto en la Disposición Adicional 15ª de la L.O.P.J.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.