

**TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA**

**ORDEN DE EJECUCIÓN. RETIRADA DE ANTENA DE TELEFONÍA MÓVIL.**

Suspensión cautelar de la actividad.

Posible legalización.

**Ilmo. Sr.**

**MAGISTRADO-JUEZ**

D. Javier Albar García

En ZARAGOZA, a quince de enero de dos mil nueve.

El Sr. D. JAVIER ALBAR GARCIA, Magistrado-Juez de Contencioso Administrativo nº 2 de Zaragoza y su Partido, habiendo visto los presentes Autos de Procedimiento Abreviado 235/2008-SECCION B/I seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente V.E., S.A. representada por la Procuradora Doña M.P.C.I. bajo la dirección Letrada de Doña E.A.C. y de otra el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, representado por la Procuradora Doña N.C.A. bajo la dirección Letrada de D. F.R.T. Sobre: "Resolución del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento Zaragoza de fecha 11 de marzo de 2008, notificada el 26 de igual mes y un año, por la que se desestima el Recurso de Reposición interpuesto por la recurrente contra el Acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo de fecha 15 de enero de 2008, notificado a la recurrente el día 22 de igual mes, y año, por el que se ordena la retirada de la Estación Base de Telefonía Móvil instalada en la Calle Gran Vía, de Zaragoza", y,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que mediante escrito de fecha 26 de mayo de 2008 se interpuso por V.E., S.A. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

*"Resolución del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 11 de marzo de 2008, notificada el 26 de igual mes y un año, por la que se desestima el Recurso de Reposición interpuesto por la recurrente contra el Acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo de fecha 15 de enero de 2008, notificado a la recurrente el día 22 de igual mes, y año, por el que se ordena la retirada de la estación base de telefonía móvil instalada en la Calle Gran Vía 36 de Zaragoza".*

Acordándose incoar procedimiento ordinario, el cual debería sustanciarse conforme a lo dispuesto en el art. 45 y ss. de la LJCA, y reclamándose el oportuno expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** Que tras recibirse el expediente reclamado, se dio traslado del mismo a la recurrente para que en el plazo de veinte días formalizase la oportuna demanda, habiéndolo hecho mediante el escrito que consta unido alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos.

Una vez formalizada la demanda, se dio traslado Administración demandada, con entrega del expediente administrativo, para que contestara a la misma en el plazo de veinte días, habiéndolo hecho conforme consta en Autos.

**TERCERO.-** Que mediante Auto de fecha 30 de octubre de 2008 se acordó fijar la cuantía del recurso en Indeterminada superior a 18.031,00 euros, acordándose el recibimiento del recurso a prueba practicándose las pruebas propuestas por las partes, admitidas y declaradas pertinentes con el resultado que obra en Autos, acordándose seguidamente el trámite de conclusiones, quedando los Autos conclusos para Sentencia.

**CUARTO.-** Que en la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de Zaragoza de 11-3-2008 que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la de 15-1-2008 que había requerido a la recurrente para que en el plazo de un mes procediera a la retirada de la antena de telefonía móvil de la calle Gran Vía 36, con notificación a las empresas de energía eléctrica, agua, gas o telefonía para que suspendiesen los suministros.

Se alega la caducidad del expediente así como la posterior nulidad sobrevenida por la Sentencia de 19-5-2008, PO 68/2007 del Juzgado nº 1 que anuló el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 27-7-2006 que había aprobado el Programa de Implantación de Telefonía Móvil a instancias de la actora imponiendo la sustitución del emplazamiento de la antena prevista en Gran Vía 36.

**SEGUNDO.-** Como hechos relevantes, tenemos que en 19-10-2001 ya se impuso una sanción de 590.001 pesetas por la instalación sin licencia de una antena de telefonía móvil en Gran Vía 36, siendo la misma confirmada por el Juzgado nº 3 en sentencia de 21-10-2002. Con fecha 27-7-2006 se aprobó el Programa de Implantación de Telefonía Móvil, que obligaba a cambiar el emplazamiento de dicha antena. El 20-11-2007 se inició el procedimiento de restablecimiento de la legalidad notificado el 28-11-2007, dictándose las resoluciones ahora recurridas de 15-1-2008 y 11-3-2008, en la cual por un lado se ordenaba la retirada de la antena de forma expresa y por otra, de forma implícita, se ordenaba el cese de dicha actividad, al indicar que se notificaría a las empresas de suministros para que cesasen en los que viniesen prestando. Finalmente, el 19-5-2008 se anuló por el Juzgado nº 1 la imposición de la sustitución de dicho emplazamiento, no constando si la misma es firme.

**TERCERO.-** A la vista de lo anterior, hay dos motivos por los que debe de ser anulada la retirada material de la antena, la prescripción y la posibilidad de legalización. El art. 197 LUA dice *"1. Si se hubiese concluido una obra sin licencia u orden de ejecución o contra las condiciones señaladas en las mismas, el Alcalde, dentro del plazo de prescripción de la correspondiente infracción urbanística, a contar desde la total terminación de las obras, y previa la tramitación del oportuno expediente, adoptará alguno de los acuerdos establecidos en las letras a) o b) del artículo anterior, según proceda"*, y a su vez, el art. 196 establece que *"b) Si las obras o los usos pudieran ser compatibles con la ordenación vigente, requerirá al interesado para que en el plazo de dos meses solicite la preceptiva licencia o su modificación, con apercibimiento de que, si así no lo hiciera, ordenará a costa del interesado la realización de los proyectos técnicos necesarios para que el Ayuntamiento pueda pronunciarse sobre la legalidad de la actuación afectada. En caso de no proceder la legalización, decretará la demolición, reconstrucción o cesación definitiva de la obra o del uso en la parte pertinente a costa del interesado"*. En cuanto a la prescripción, el 204 califica como graves *"b) La realización sin licencia de actos de edificación o uso del suelo y del subsuelo de suficiente entidad, en contra de lo dispuesto en el ordenamiento urbanístico, salvo cuando esté tipificada como infracción muy grave"* y el 209 fija en cuatro años el plazo de prescripción de las infracciones graves.

De lo dicho, resulta la primera causa de anulación que es la caducidad del plazo para restablecer la legalidad, no pudiendo ordenarse la demolición al haber transcurrido sobradamente cuatro años entre la construcción, finalizada cuando menos en 19-10-2001 y la "orden de retirada, cuya incoación fue notificada el 28-11-2007.

Así mismo, resulta la segunda causa, ya que el obstáculo para la legalización, que era el condicionante establecido por el Programa de Implantación, había sido recurrido, por lo que la posibilidad de legalización no estaba cerrada, y no sólo eso, sino que posteriormente una Sentencia lo anuló. No se ha indicado si dicha Sentencia es o no firme, pero la realidad es que aunque no lo sea, hay posibilidad de legalizar, mientras no se confirme judicialmente dicho programa, por lo que no puede afirmarse que haya incompatibilidad definitiva con la legalidad, con lo que la orden

de retirada o demolición no podía todavía emitirse, incluso en el supuesto de que se hubiese incoado dentro del plazo de prescripción. Tal fue el criterio seguido en el PO 89/2008, si bien en ese caso estaba todavía pendiente de resolver la solicitud de inclusión en el Programa de Implantación. Aunque en nuestro caso en principio no era legalizable, al ser tal situación provisional, si bien no era procedente requerir de legalización todavía, sí que podría haberse suspendido el procedimiento hasta que se dictase Sentencia.

**CUARTO.-** Ahora bien, el que no pueda ordenarse por el momento la retirada o demolición, no supone, que entre tanto pueda hacerse uso de dicha antena pese a lo que diga el Anexo VII, punto d.9 de la Ley 7/2006 de 22-6 de Protección Ambiental de Aragón, que excluye de la necesidad de licencia ambiental a las antenas de telecomunicaciones, pues una cosa es que tal antena, que habrá pasado por otro tipo de controles, como el Programa de Implantación, no necesite licencia de actividad medioambiental y otra que no precise la licencia de instalación ordinaria o que la precise de obra ( en este caso sanada por la prescripción), cuyas ausencias hacen ilegal y clandestina la actividad. Debe tenerse en cuenta, respecto de la licencia de instalación, que es la que asegura el correcto trazado de los cables, el cumplimiento de normativas de seguridad (caída de rayos u otro tipo de peligros), la no perturbación de otro tipo de instalaciones, etc. Ello hace que, igual que se puede cerrar, un bar sin licencia aunque por el momento no pueda ordenarse la demolición de la construcción o acondicionamiento del mismo, si está en trámite de legalización, puede en este caso impedirse el ejercicio de la actividad, y a tal fin se debe ratificar la referencia que se hizo a que se comunicaría a las empresas suministradoras de electricidad, gas o agua, a fin de que suspendiesen el suministro, debiendo de entenderse, como ya se ha dicho, que no sólo había un requerimiento de retirada sino, por supuesto, de cese de la actividad.

Por todo lo anterior, procede anular la orden de retirada, pero no la orden, insita en aquélla, a tenor de las referencias mencionadas de suspensión del funcionamiento.

**QUINTO.-** No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

### **FALLO**

Que estimando parcialmente el recurso interpuesto por V., S.A. contra la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de Zaragoza de 11-3-2008 que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la de 15-1-2008 que había requerido a la recurrente para que en el plazo de un mes procediera a la retirada de la antena de telefonía móvil de la calle Gran Vía 36, con notificación a las empresas de energía eléctrica, agua, gas o telefonía para que suspendiesen los suministros debo anular y anulo el requerimiento de retiradas de la antena, hasta tanto se resuelva sobre su posible legalización, manteniéndose, no obstante, la orden de suspensión de la actividad que la orden de retirada conllevaba, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

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