

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

REQUERIMIENTO RETIRADA. ANTENA DE TELEFONÍA MÓVIL.

Ejecución subsidiaria. Procedencia.

Existencia de resolución firme.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En ZARAGOZA, a dos de Junio de 2011.

El Sr D JAVIER ALBAR GARCIA, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza y su Partido, habiendo visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 316/10-AM seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente T.M.E.,S.A.U., representada por la Procuradora Sra. R.A. y asistida por el Letrado Sr. S.A. y de otra el EXCMO AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora Sra. S.S. y asistido por la Letrada Sra. A.A., sobre EJECUCION SUBSIDIARIA RETIRADA ESTACIÓN BASE DE TELEFONIA MOVIL, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que en fecha 29/07/10 se interpuso por T.M.E.,S.AU. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

"Resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de fecha 01/06/10 por la que se acuerda iniciar procedimiento para la ejecución subsidiaria del acuerdo del Consejo de Gerencia de 02/10/07, que requirió a T.M.E.,S.A. para retirada de Estación Base de Telefonía Móvil en C/ León XIII nº 21, aprobar el importe de los gastos de dicha ejecución y solicitar autorización de entrada a la comunidad de propietarios afectada".

Admitido el recurso, que debía sustanciarse conforme a lo dispuesto en el art. 45 y ss. de la LJCA, se reclamó el oportuno expediente administrativo.

SEGUNDO.- Una vez recibido, y tras ampliarse según solicitó la recurrente, se le dio traslado del mismo para que en el plazo de veinte días formalizase la oportuna demanda, habiéndolo mediante el escrito que consta unido, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos.

Una vez formalizada la demanda, se dio traslado a la 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 Decreto de fecha 26.01.11 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada.

Recibido el procedimiento a prueba, por la recurrente se solicitó determinada documental, practicándose la declarada pertinente como puede verse en Autos.

Finalizado el periodo probatorio y, tras solicitarse por las partes, se acordó el trámite de conclusiones, constando unidos los escritos presentados por las partes y quedando los Autos para Sentencia.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se recurre la resolución de 1-6-2010 del Consejo de Gerencia de Urbanismo de Zaragoza que acordó iniciar de oficio el procedimiento para la ejecución subsidiaria de la orden de 2-10-2007 que requirió a T.M.E.,SA para la

retirada de la Estación Base de Telefonía móvil en la calle León XIII, 21.

Se alega prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, al ser leve la infracción, pues es legalizable, ya que está pendiente de resolverse la inclusión en un Programa de Implantación

SEGUNDO.- Como breve narración de los hechos más relevantes, el 28-12-2006 fue denunciada la antena por D. A.G.I. El 25-1-2007 se confirmó su existencia y comprobó la ausencia de licencia por la Policía Local. El 17-4-2007 se inició procedimiento de restablecimiento de la legalidad, lo que se notificó a T.M. el 18-4-2007. El 2-10-2007 se ordenó la retirada, notificándose el 4-1-2008 a T., la cual no lo recurrió, deviniendo firme. El 1-6-2010 se acordó iniciar el procedimiento de ejecución subsidiaria, cuya paralización se pidió el 21-6-2010 por la recurrente. El 23-7-2010, doc. 2 de la demanda, se estimó el recurso de reposición contra la caducidad de la solicitud de inclusión en el Programa de Implantación, expediente 1.038.835/07, formulada en fechas no concretadas, pero posterior al expediente de restablecimiento de la legalidad, 21.407/2007, y, finalmente, en fecha posterior, que no consta, doc. 1 de la contestación a la demanda, se acordó paralizar la ejecución de la presente resolución.

TERCERO.- En cuanto a la invocación de la caducidad o prescripción del derecho a restablecer la legalidad urbanística, tanto conforme a la LUA 5/1999, art. 203.b) en relación con el 209 como con arreglo a la actual Ley de Urbanismo 3/2009, art 280.2, debe rechazarse, ya que la orden de demolición, cualquiera que fuera su acierto, devino firme por no haber sido impugnada. En este sentido, cuando la parte pretende anular la resolución de 1-6-2010 con base en motivos invocables frente a la resolución de 2-10-2007, está incurriendo también en un motivo de inadmisión, como lo sería el art. 28 LJCA, al pretender anular una resolución que es confirmación de otra anterior y firme.

A la vista de lo anterior, y dado que se desconoce cuando se instó la legalización por solicitud de inclusión en el Programa de Implantación, en todo caso posterior al expediente de restablecimiento de la legalidad, y posiblemente posterior a la propia resolución de retirada, hay que entender que, sin perjuicio de esa posterior posible inclusión en el Programa de Implantación, que podía depender de diversas circunstancias o exigencias, e incluso de un cambio normativo, la realidad es que la resolución, que consideraba infracción grave no subsanable por legalización, era firme y ejecutable, y contra ella sólo podría haberse interpuesto un procedimiento de revisión de nulidad de oficio o, en caso de haberse obtenido la posterior legalización, una solicitud de revocación ex art. 105 de la Ley 30/1992, si se obtiene posteriormente la licencia para la ubicación de la antena en dicho lugar. Lo que no puede pretenderse, en cambio, es que se anule una resolución, en este caso la de ejecución subsidiaria, que no es sino ejecución de otra anterior y firme, y menos con base en una eventual posibilidad de que sea legalizada la antena, cuestión que debió haber sido objeto de examen, y en su caso de recurso, en el procedimiento que ordenó su retirada, no pudiendo afirmarse en modo alguno que sea legalizable, sino únicamente que hay una posibilidad de que, si se estima su inclusión en un programa de implantación, se obtenga posteriormente licencia. Es decir, no puede confundirse los dos conceptos, el que una construcción sea legalizable, que implica que la misma, si se pide la licencia, y con ninguna modificación o con modificaciones menores, deba obtener dicha licencia, con el hecho de que siga abierta una posibilidad de legalizar la construcción, posibilidad que está por demostrar, pudiendo finalizar el proceso en la declaración de que no es legalizable.

Por todo ello, procede desestimar el recurso.

CUARTO.- Dicho todo lo anterior, la realidad es que la resolución de 23 de julio de 2010 que revocó la caducidad de la solicitud de inclusión en el Programa de Implantación, cambia las cosas, y no haría prudente la ejecución subsidiaria en tanto no esté despejada tal incógnita, pero eso lo ha asumido el propio Ayuntamiento al haber suspendido la ejecución, según documento aportado con la contestación, no tanto porque no pueda ejecutar una resolución propia firme, sino por el hecho de que la posterior posible legalización haría inútilmente gravosa la demolición de la antena

actualmente existente. En este sentido, tampoco puede aceptarse la manifestación municipal de que el pleito ha quedado sin objeto al haberse obtenido lo que se pide, pues lo que se pide es la anulación de la resolución, no su suspensión.

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 debo desestimar y desestimo en su totalidad el recurso interpuesto por T.M.,S.A.U. contra la resolución de 1-6-2010 del Consejo de Gerencia de Urbanismo de Zaragoza que acordó iniciar de oficio el procedimiento para la ejecución subsidiaria de la orden de 2-10-2007 que requirió a T.M.E.,S.A. para la retirada de la Estación Base de Telefonía Móvil en la calle León XIII, 21, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Así por esta Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.