

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

REQUERIMIENTO RETIRADA. ANTENA DE TELEFONÍA MÓVIL.

No cabe excluir la inclusión de una antena o estación base de telefonía móvil en el Programa de Implantación.

Orden de ejecución carece de base legal.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D^a. Concepción Gimeno Gracia

En Zaragoza, a 25 de Junio de 2009, habiendo visto los presentes Autos Concepción Gimeno Gracia, Magistrada-juez de este Juzgado, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso:

Recurrente: F.T.E., S.A., representada por el Procurador Sr. D. S.A.L. y defendida por el Letrado Sr. D. J.C.M.

Demandado: Ayuntamiento de Zaragoza representado por la Procuradora Sra. D^a N.C.A. y defendido por el Letrado Sr. D. C.N.C.

SEGUNDO.- Actuación recurrida:

Resolución de 2 de octubre de 2007, por la que se requiere a R.M.,S.A. (A.) para que en el plazo de un mes a partir de la recepción del acuerdo, proceda a la retirada de antena de telefonía móvil en Gascón de Gotor, Ans. 24, toda vez que resulta acreditada la realización de acto de edificación o uso del suelo incumpliendo la normativa urbanística de aplicación o careciendo de la preceptiva licencia u orden de ejecución, o en su caso, no ajustándose a lo autorizado en aquéllas, resultando el acto total o parcialmente incompatible con la ordenación vigente.

TERCERO.- Pretensiones de la parte recurrente:

Se dicte Sentencia estimatoria del recurso interpuesto, en la que se declare la nulidad de los actos administrativos impugnados y que se reconozca la situación jurídica individualizada de la empresa R.M.,S.A. (actual F.T.E., S.A.) a que la instalación ubicada en la calle Gascón de Gotor 24, de Zaragoza, no deba ser retirada, por no incumplirse la normativa urbanística, y en su caso, haber prescrito la misma, con los demás pronunciamientos accesorios que sean del caso y la expresa imposición de costas a la Administración demandada, por su manifiesta mala fe y temeridad.

CUARTO.- Pretensiones de la Administración demandada:

Se dicte Sentencia por la que se desestime el recurso formulado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debemos partir del hecho acreditado e indiscutible de que el acto aquí recurrido, es una reproducción del acuerdo de 12 de diciembre de 2006, por el que igualmente se acordaba -entre otras cosas- requerir a A.T., S.A. (O.), para que procediese a la retiradas de instalación de Telefonía Móvil en Calle Gascón de Gotor nº 24. Dicho acto, fue impugnado ante el Juzgado Contencioso-administrativo número 3, de los de Zaragoza, en procedimiento seguido al número 90/2007-J, y en el mismo ha sido dictada Sentencia (Sentencia 66/2009), en fecha 3 de marzo de 2009, conforme a la cual se resuelve:

“...Tercero.- El acuerdo del Pleno sobre el Programa de Implantación de Telefonía Móvil objeto del presente proceso. El acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza de 27/7/2006, respecto del Programa de Implantación de Telefonía Móvil respecto de R.M., S.A. Amena, en el expediente administrativo nº 660.609/2001, por una parte aprueba dicho programa, según los proyectos

aportados en marzo y noviembre de 2005, pero y ello es lo determinante en relación con el presente proceso, ordena la sustitución de tres de los emplazamientos C/ Gascón de Gotor nº 24, C/ Gran Vía 36-C/ Dr. Cerrada 29 y c/ Pablo Ruiz Picasso nº 4, por otras ubicaciones alternativas, en consideración al contenido del art. 8.7.d) del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre (por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas); y al contenido de los informes técnicos y jurídicos obrantes en el expediente administrativo.

.....
De un atento examen del extenso expediente administrativo tramitado respecto del Programa de Implantación de T.M.R. (F.T.E., S.A), se desprende que han sido básicamente, dos los informes que han llevado al Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza a excluir las tres referidas antenas o estaciones base de telefonía móvil del referido Programa de Implantación.

En primer lugar, hay que tener en cuenta el informe emitido con fecha 17/7/2006 por el Director de Servicios de Planificación y Diseño Urbano (obrante en el expediente administrativo al folio 347 y siguientes), en el que se reconoce que el art. 5.2 de la Ordenanza municipal de instalación de telecomunicación por transmisión recepción de ondas radioeléctricas en el término municipal de Zaragoza de 30/5/2001... que excluía la posibilidad de que el Programa de Implantación contuviera ninguna instalación de antena, estación base o radioenlaces, o de cualquier otro equipo relacionado con la telefonía móvil situada a menos de 100 metros, medidos horizontalmente, de parcelas donde existan guarderías, escuelas de enseñanza infantil y ciclos obligatorios y centros sanitarios, fue declarado nulo por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

.....
No obstante, el referido informe del Director de Servicios de Planificación y Diseño Urbano (obrante en el expediente administrativo al folio 347 y siguientes) trae a colación el contenido del art. 8.7. d) del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre (por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas).

Sobre dicha base, se considera que una forma de minimizar los niveles de emisión de la antena sobre un colegio sería el desplazamiento a un lugar más alejado tanto de la antena o estación base de telefonía móvil de C/ Gascón de Gotor nº 24, como de la C/ Gran Vía 36-C/ Dr. Cerrada nº 29.

Asimismo, en el informe emitido con fecha 20/7/2006, por el Servicio Jurídico de Ordenación y Gestión Urbanística (folio 357) se indica que sobre la base del precepto del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, ya citado, y con la finalidad de conjugar los intereses de la entidad recurrente con “la especial sensibilidad ciudadana ante este tipo de situaciones puestas de manifiesto en las alegaciones” podría solicitarse el cambio de ubicación de estas concretas instalaciones como una forma de minimizar sus efectos en los espacios sensibles (colegios).

De tales informes se viene a deducir que no han sido propiamente cuestiones de orden técnico las que han llevado a excluir las referidas antenas o estaciones base de telefonía móvil del Programa de Implantación de Telefonía Móvil, ni tampoco cuestiones de orden netamente jurídico, sino que más bien ha sido el hecho de que haya existido una fuerte contestación ciudadana en relación con las antenas o estaciones base de telefonía móvil, y el hecho de que se encuentren cerca de colegios o zonas de juego de niños, lo que ha motivado que el Pleno del Ayuntamiento haya llegado a excluir las tres antenas o estaciones base de telefonía móvil.

Sobre dicha base, cabe concluir que la decisión del Ayuntamiento de Zaragoza, no se ajusta a Derecho, por cuanto la competencia que ostenta respecto del Programa de Implantación de Telefonía Móvil, debe ejercerse bajo la Ordenanza Municipal de instalación de telecomunicación por transmisión recepción de ondas radioeléctricas en el término Municipal de Zaragoza, de 30/5/2001... Si

precisamente la norma referida al alejamiento mínimo de 100 ms. de distancia de colegios y demás zonas de niños fue declarada nula por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, no cabe que por el Ayuntamiento se siga exigiendo una distancia similar por el mero hecho de que exista contestación ciudadana y cercanía a un colegio. De facto, el Ayuntamiento de Zaragoza ha aplicado una disposición que había perdido su vigencia en virtud de la declaración de nulidad.

Por parte de R.M., S.A (en la actualidad F.T.E., S.A.), se aportó al expediente administrativo suficiente prueba en la que se justifica que las instalaciones en cuestión se encuentran autorizadas por la Administración del Estado y cumplen los requisitos técnicos exigidos por la Ley 32/2003, de 26 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y por el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, todo ello en relación con la Orden CTE/23/2002, de 11 de enero, por la que se establecen condiciones para la presentación de determinados estudios y certificaciones por operadores de servicios de radiocomunicaciones. Lo cierto es que ni la Administración demandada, ni tampoco las entidades codemandadas..... han alegado, ni mucho menos han probado, que las antenas o estaciones base de telefonía móvil adolezcan de algún incumplimiento de la normativa técnica.

En tales circunstancias, no se ajusta a la Ordenanza municipal de instalación de telecomunicación por transmisión recepción de ondas radioeléctricas en el término municipal de Zaragoza, de 30/5/2001 el hecho de que el Ayuntamiento de Zaragoza haya excluido tres de las antenas o estaciones base de telefonía móvil del Programa de Implantación de Telefonía Móvil. Hay que tener en cuenta que el mero hecho de que exista contestación ciudadana, no puede ser elemento suficiente para la no aplicación de las normas. Cabe hacer notar que el desplazamiento de las antenas o estaciones base de telefonía móvil a otras zonas de la ciudad, puede provocar también sentimientos de rechazo en los vecinos que ahora se puedan ver perjudicados por la decisión de colocar cerca de sus domicilios las referidas antenas o estaciones base de telefonía móvil. En fin, el hecho de que existan otras antenas o estaciones base de telefonía móvil de otras operadoras en alguna de las edificaciones que nos ocupan no es “per se” motivo para denegar la solicitud de inclusión. Se puede entender que una vez que ya hay instaladas varias antenas o estaciones base de telefonía móvil, puede ser incluso conveniente que una nueva antena de estación base de telefonía móvil se instale en la misma edificación, donde ya existen otras, para evitar que exista una excesiva dispersión de las mismas a lo largo y ancho de la ciudad.

Cuarto.- El Plan General de Ordenación Urbana en relación con la cuestión objeto de este proceso.

Con carácter general, debe hacerse notar que la cuestión referida al Programa de Implantación de Telefonía Móvil queda bajo la regulación de la Ordenanza Municipal de instalación de telecomunicación por transmisión recepción de ondas radioeléctricas en el término municipal de Zaragoza, de 30/5/2001.... De esta forma, la inclusión de una antena o estación base de telefonía móvil en el Programa de Implantación de Telefonía Móvil, no puede excluirse por consideraciones derivadas del contenido del Plan General de Ordenación Urbana, sino que deben cumplirse los requisitos de la Ordenanza.

La conclusión a extraer es la de que necesariamente, desde la entrada en vigor de la Ley, toda la normativa aplicable a la ocupación del dominio público o privado, por tanto incluido el planeamiento así como las normas a que se refiere el art. 28, que pueda fundar una denegación de ocupación, habrá de basarse en las normas a que se refiere ese capítulo que se hubiesen aprobado.

La consecuencia no puede ser otra que la de que los instrumentos de planeamiento han de adaptarse a la Ley. Si no se han adaptado no son adecuados para fundar una denegación de ocupación por razones urbanísticas por disposición legal expresa, lo que dará base a la inaplicación del instrumento de planeamiento, bien mediante su impugnación indirecta, bien por aplicación del art. 6 LOPJ que

ordena a los Jueces y Tribunales a inaplicar los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la CE, a la ley o al principio de jerarquía normativa.

Quinto.- El fallo de la presente Sentencia.- El fallo de la presente sentencia debe dar respuesta a las pretensiones formuladas en las demandas rectoras de este proceso.

Con carácter general, los Fundamentos de Derecho precedentes determinan que proceda la estimación del recurso contencioso-administrativo formulado por F.T.E., S.A. (procedimiento ordinario nº 92/2007 del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Zaragoza), frente al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza de 27/7/2006, respecto del Programa de Implantación de Telefonía Móvil respecto de R.M., S.A, A.,S.A., en el expediente administrativo nº 660.609/2001.

En consecuencia, deben tenerse por incluidas en el referido Programa de Implantación de Telefonía Móvil de R.M., S.A. (en la actualidad F.T.E., S.A.), aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza, las antenas o estaciones base de telefonía móvil sitas en C/ Gascón de Gotor nº 24, C/ Gran Vía 36-C/ Dr Cerrada 29 y C/ Pablo Ruiz Picasso nº 4.

Por otra parte, el hecho de que sea procedente la inclusión de las tres antenas o estaciones base de telefonía móvil objeto del presente proceso en el Programa de Implantación de Telefonía Móvil, determina que carezcan de base legal, procediendo su anulación, las órdenes de ejecución dictadas por el Ayuntamiento de Zaragoza:

-Resolución dictada por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza, de fecha 12/12/2006, por la que se requiere a A.T., S.A. (en la actualidad O.), la retirada de la antena o estación base de telefonía móvil sita en la edificación de Gascón de Gotor nº 24, Zaragoza, en el expediente administrativo nº 1.191.028/2006...”

Los razonamientos y conclusiones a los que llega la anterior Sentencia -expuesta aquí parcialmente- resultan compartidos por esta Juzgadora y plenamente trasladables al supuesto que nos ocupa (ya hemos dicho de inicio que la actuación aquí impugnada, era una mera reproducción de una de las allí impugnadas y arriba especificadas), razones éstas por las que procede estimar la demanda interpuesta de la forma que se dirá en la parte dispositiva de la presente resolución.

SEGUNDO.- No procede efectuar una especial imposición de las costas causadas, por no apreciarse méritos a tal efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 139 LJCA.

En consecuencia, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Estimar el presente recurso P.O 128/2008-AB, interpuesto por F.T.E.,S.A. a través de la representación y defensa especificada al inicio de la presente, contra la actuación administrativa a la que se hace referencia en los antecedentes de hecho de esta resolución, y en su consecuencia:

PRIMERO.- Declarar no conforme y ajustada a Derecho la actuación administrativa recurrida, anulándola en su consecuencia, de conformidad con lo establecido en los Fundamentos de Derecho de la presente.

SEGUNDO.- No hacer expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso.

Así por esta Sentencia, lo pronuncia, manda y firma Concepción Gimeno Gracia, Magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de Zaragoza.