
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 3 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 232/2002-BR
Sentencia nº 90 (22-04-2003)

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

EXPEDIENTE SANCIONADOR. INFRACCIÓN URBANÍSTICA. ORDEN DE EJECUCIÓN. Orden de retirada en un mes de caseta destinada a antena de telefonía móvil. Aplicación de Normas Urbanísticas del Plan General y de Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicación.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José Alfonso Tello Abadía

En la Ciudad de Zaragoza a veintidós de abril de dos mil tres.

Vistos por mí, D. José Alfonso Tello Abadía, Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de los de Zaragoza, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 232/2002-BR seguidos a instancia de T.S.M., S.A., representada por la Procuradora Sra. R.A. y defendida por el Letrado Sr. B.G., contra la resolución de 18/04/2002 de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Zaragoza por la que se requería a T.-M., S.A. para que en plazo de un mes procediese a la retirada total —caseta incluida— en Paseo de la Ribera. Representando al Ayuntamiento de Zaragoza el Procurador de los Tribunales Sr. P.A. y con defensa del Letrado Sr. G.R.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.— Con fecha 19/07/2002 fue turnada a este Juzgado procedente del Juzgado Decano de los de esta Ciudad demanda interpuesta por la Procurador Sra. D. R. en nombre y representación de la mercantil demandante, contra la resolución señalada más arriba. Mediante proveído de fecha 22/07/2002 se tuvo por interpuesto el recurso. Tras su recepción se dio traslado a la actora para deducir la demanda, presentándose con fecha 27/09/2002 y en la que se suplicaba se declarase la nulidad del acuerdo municipal impugnado por no ser ajustado a derecho.

Mediante proveído de fecha 30/09/2002 se tuvo por formalizada la demanda y se dio traslado a la Administración demandada para que contestase a la demanda. Trámite que evacuó con fecha 25/10/02. Tras recibirse el pleito a prueba, se evacuó el trámite de conclusiones por las partes y quedaron los autos conclusos para sentencia mediante proveído de fecha 06/02/2003.

SEGUNDO.— En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y su cuantía es indeterminada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.– Se impugna por la recurrente la resolución de la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 18/04/2002, en la que se acordaba requerir a la parte para que retirase de forma completa, incluida caseta la estación base de telefonía móvil existente en el Paseo de la Ribera de Zaragoza. Aquí llama la atención que el recurrente a diferencia de lo sucedido en los numerosos recursos seguidos ante este mismo Juzgado, deja de poner de manifiesto en su escrito de demanda determinadas circunstancias que son esenciales para resolver el pleito. Sin duda debe tratarse de una omisión involuntaria.

Pues bien, nada dice la demanda de la existencia de una sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Zaragoza en el Procedimiento Ordinario nº 173/2001 seguido entre las mismas partes que el presente recurso, sentencia de fecha 18/04/2002. Recurso que tenía por objeto la resolución de 8/06/2001 de la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Zaragoza por la que se requería a la actora para que en el plazo de un mes procediese a la retirada de la antena de telefonía móvil en Paseo de la Ribera nº 2. Dado que la fecha de presentación del escrito de demanda fue 27/09/2002, tal y como se ha dicho más arriba, la actora necesariamente tenía noticia de dicha resolución.

No obstante y dado que en esta sentencia se hacía referencia a alguna de las cuestiones que ahora nuevamente se plantea, procede traer cita de la misma, allí se decía: «La Resolución que aquí es objeto de recurso debería en principio anularse, pues es lo cierto que la misma ha sido dictada sin cumplir lo requerido en Sentencia firme de 24 de julio de 2001 (recurso nº 246/2000), que establecía que tras la orden de paralización se debía instruir un expediente administrativo en el que se dilucidará si las obras son compatibles con el ordenamiento jurídico.

Sin embargo ha sido acreditado en este proceso, que mientras se tramitó aquél procedimiento judicial, se había solicitado licencia y se había denegado por Acuerdo de 23 de febrero de 2001. Todo lo que se exigía en Sentencia ya se estaba cumplimentando en sede de la concesión o no de la licencia de obras.

No le falta por tanto razón a la defensa jurídica del Ayuntamiento cuando alega en sede de este recurso, que la denegación de la licencia de 23 de febrero de 2001 (doc. 1 aportado con la demanda) y que fue notificada el 14 de marzo de 2001, según consta, modifica sensiblemente la situación fáctica y jurídica.

Ha de recordarse que cuando el propio artículo 196 b) de la Ley 5/99 de 25 de marzo Urbanística de Aragón, prevé la situación de petición de licencia, también contempla que caso de que esta petición fuese denegada y «no procediese la legalización», entonces procede decretar la demolición de la misma.

Es esto lo que ha ocurrido en el presente supuesto. Aunque en la Resolución recurrida, no se dice que ha sido denegada la licencia, no puede obviarse

la existencia de esta denegación, en fecha anterior al dictado del acto aquí recurrido. Esta denegación conlleva que sea absolutamente ocioso obligar a tramitar un expediente de determinación de la compatibilidad de la antena con el ordenamiento urbanístico, pues el mismo ya se ha tramitado y llevado a cabo con la denegación de la licencia y por otro lado que la orden de retirada venga amparada por la decisión final de ese procedimiento.

SEGUNDO.— Si el Ayuntamiento ya ha denegado la licencia, dando traslado en la Resolución al Servicio de Disciplina Urbanística, el posterior Acuerdo de retirada de la antena, no puede infringir el procedimiento establecido en el art. 196 y 197 de la Ley 5/99, pues es claro que la compatibilidad de la antena con el ordenamiento urbanístico se ha decidido en el aludido procedimiento de concesión o denegación de la licencia como establece la ley, habiendo cumplido igualmente en el presente caso, lo que se acordó en la Sentencia de este Juzgado.

La incompatibilidad de la antena con el Plan de 1986, único aplicable a la fecha de la resolución de 23 de febrero de 2001 (ha de recordarse que la revisión del Plan General de Ordenación Urbana se publicó en junio de 2001) se acordó en la aludida resolución que es firme, —no se dice lo contrario— y además queda fuera del conocimiento de este recurso. Y por último no puede alegarse la caducidad del expediente, pues el inicio del transcurso del plazo debe ahora establecerse a partir de la firmeza de la denegación de la licencia y en justa aplicación de lo dispuesto en el art. 29.4 del Reglamento e Disciplina Urbanística que establece que una vez denegada la licencia se procederá a acordar la demolición de lo construido, contraviniendo el ordenamiento urbanístico.

TERCERO.— Entrando ya en los concretos motivos aducidos en el presente recurso. La actora empieza alegando la existencia de caducidad del expediente, y lo señala en la sentencia de fecha 24/07/2001, cuando como se acaba de señalar la sentencia de 18/04/2002 fijaba el día inicial en otro momento bastante posterior. Pero es que en el presente caso tampoco existiría la caducidad pretendida no solo por lo que dice aquella sentencia, sino también por que con fecha 28/09/2001 se dictó una resolución de idéntico contenido a la que aquí se recurre, que fue notificada a la actora con fecha 18/10/2001, sin que conste que contra la misma se interpusiera recurso alguno. Que posteriormente se vuelve a oír a la actora mediante proveído de fecha 15/03/2002 sobre la retirada de la instalación, presentando escrito de alegaciones de fecha 10/04/2002, dictándose con fecha 18/04/2002. No se han excedido pues, los plazos de caducidad, pudiendo situarse como pretende la parte, fijarse el día de inicio del cómputo en el de la sentencia de 24/07/2001.

CUARTO.— Respecto de la pretendida legalización, olvida la actora en su escrito de demanda hacer referencia a que con fecha 23/02/2001 se denegó la solicitud de licencia en su día interesada respecto de la instalación que aquí nos interesa. Pero sea como fuere, la actora funda su pretensión en la aplicación del Plan General de Ordenación Urbana de 2001, y en la inaplicación al

caso de la Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicación. Tratándose de una cuestión reiteradamente resuelta por este Juzgado, procederá señalar lo siguiente.

En el PGOU de 2001 se regulan, en el art. 2.2.22, las construcciones que se admiten por encima de la altura máxima, y en lo que aquí nos interesa dice: «Sobre la altura máxima se permitirán también estructuras funcionales propias del edificio tales como pararrayos o antenas colectivas, las estructuras superpuestas ajenas a la función propia del edificio, como antenas o repetidores de comunicaciones, rótulos, logotipos, publicidad y otros análogos que no formen parte de la estructura portante ni de las instalaciones del edificio, solamente se admitirán en casos puntuales debidamente justificados y con sujeción a los criterios establecidos en las normas de ornato público, las ordenanzas municipales y en su caso las normas sectoriales que sean de aplicación.»

El Plan parte del principio de prohibición de aquellas estructuras que superen la altura máxima del edificio, previéndose en el precepto transcrito las excepciones a la norma general. De manera que tratándose de una antena o repetidor que es ajeno a la función del edificio, dichas instalaciones no pueden entenderse incluidas entre las estructuras funcionales propias del edificio. De manera que para que proceda la autorización de una antena o repetidor, tal y como se ha visto más arriba es preciso: que se trate de casos puntualmente justificados; sujeción a los criterios establecidos en las normas de ornato público; a las ordenanzas municipales y a las normas sectoriales aplicables. De manera que la aprobación requiere un examen puntual y concreto de la petición de que se trate, al tratarse de una excepción a la norma general.

Respecto de la invasión de competencias del Estado. Al respecto debe darse aquí por reproducida la fundamentación ofrecida en la Sentencia de Juzgado de lo Contencioso nº 1 de esta Ciudad de fecha 2/9/2001, Procedimiento Ordinario 279/01. Asumida por este Juzgado ya en reiteradas sentencias, entre las que pueden citarse como más recientes las de fecha 12, 17, 24/09 y 15, 21 y 28/10/02 dictadas en los Procedimientos Ordinarios con número 4, 7, 5, 32, 34 y 33/2002 seguidos ante este Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3, no habiéndose aportado por la hoy actora argumentos nuevos que justifiquen una modificación del criterio asumido y así se viene reiterando:

«La recurrente alega que invade las competencias del Estado, pero ello debe rechazarse en términos genéricos, ya que la misma tiene el loable fin de ordenar urbanísticamente la implantación de estas estructuras, que a la vez que sirven a un fin público implican servidumbres estéticas, limitaciones para otro tipo de instalaciones y tal vez efectos nocivos, además de superar normalmente, por la naturaleza de su finalidad, que exige que estén situadas en lo alto, las alturas máximas permitidas de los edificios. No se puede negar con un mínimo fundamento la finalidad urbanística de la Ordenanza, al margen de que se hayan podido incluir algunos preceptos que tal vez excedan de las atribuciones competenciales del Ayuntamiento, cosa de la que la propia Ordenanza, nacida en la urgencia de regular la cuestión de alguna manera por la alarma social que un conocido caso de Valladolid había suscitado, era consciente

en su artículo primero, al hacer una innecesaria referencia a que la Ordenanza quedaba supeditada al cumplimiento de la legislación vigente en cada momento, incluso en el caso de establecerse nueva normativa, con lo cual aunque recordaba innecesariamente los principios de jerarquía de las normas y de la derogación de una norma por otra posterior, en el fondo venía con ello a justificar su nacimiento y a manifestar su limitado alcance. De hecho, se adelantó a la normativa estatal, el R.D. 1.066/2001 de 28 de septiembre, el cual deja sin efecto toda norma que, fuera del ámbito estrictamente competencial del Ayuntamiento, lo contradiga. Frente a la argumentación de que el Ayuntamiento no puede establecer regulación, debe argumentarse, como lo hace el Ayuntamiento, con las STC (4/1981, 214/1989, 233/1999, que reconocen la potestad reglamentaria en los ámbitos de interés local y en este caso se rompe la exigencia de que el Reglamento sea desarrollo de la Ley para ser válido ya que lo determinante en este caso es que se emita dentro de su propia competencia, que sería la urbanística y que no la contradiga. Por ello, la habilitación para ello no viene de una norma sectorial, sino de los art. 4.1.a) y 21.1 c) y d) de la Ley 7/85 de Bases de Régimen Local, reconociendo el primero de ellos la potestad reglamentaria entro de la esfera de sus competencias, en este caso el Plameamiento, según el 21.1.c).

En cuanto a la impugnación de concretos preceptos de la Ordenanza, realmente sólo se han cuestionado los art. 4.3.a, 4.3.e y 5.2, para lo cual ha solicitado el auxilio interpretativo del Ministerio de Ciencia y Tecnología. Al margen de que en ninguno de ellos se fundamenta la resolución recurrida, por lo que resulta inocuo todo razonamiento al respecto ya que en su caso afectarán al contenido del programa de implantación, una vez el mismo se presente y deba de aprobarse, la realidad es que el 4.3.a) nada concreto dice que pueda invadir las competencias, como ha reconocido el informe del citado Ministerio, al prohibir la instalación cuando pueda perjudicar a la salud —lo esencial será en su momento determinar cuándo se puede considerar que afecta a la salud— correspondiendo al Ayuntamiento la protección de la cuestión medio ambiental y de respeto al entorno.

En cuanto a los art. 4.3.e) y 5.2, sí que podrían incidir, aunque no nos pronunciamos al respecto, en las competencias del Estado, pero eso se verá en su momento, en caso de que se presente el programa de actuación, se rechace y se recurra, debiendo de recordarse que la propia Ordenanza ya hacía referencia a la posible afectación por normativa posterior y no habiendo hecho el Ayuntamiento cuestión de esto.

No puede dejar de reseñarse en este punto que la conformidad a derecho de la necesidad de un previo Programa de Implantación ha sido estudiada en un supuesto extremadamente análogo al presente, la aprobación de una Ordenanza sobre la instalación de antenas por el Ayuntamiento de Barcelona, por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de junio de 2001 (ED 2001/31729) —reseñada en la contestación a la demanda—, en la que entre otras cosas se señala, que la Administración Local es competente para la aprobación de este tipo de normativa que no contradice otras competencias estatales. Que el Ayun-

tamiento con este tipo de Ordenanza ejerce sus competencias urbanísticas. Que la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil (aquí programa de actuación) se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales urbanísticos y de medio. Medida en absoluto desproporcionada. Que el hecho de que el otorgamiento de las licencias de la instalación de las antenas exteriores esté vinculada (como aquí ocurre) a la previa aprobación del Plan técnico constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia. También desecha el Tribunal Supremo que con este tipo de regulación se establezca un régimen discrecional, que conlleve inseguridad jurídica. Por último y contestando igualmente a las alegaciones efectuadas en el presente recurso entiende el Tribunal Supremo que no se vulnera el principio de irretroactividad de los Reglamentos ilegales, al establecer este tipo de regulación. Alude a que aunque resultan ineficaces, con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales (Sentencia del Tribunal Supremo 26 de febrero de 1999), de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que arranca de la sentencia 6/1983, de 4 de febrero y se recoge en la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1994, 22 de junio de 1994, 5 de febrero de 1996 y 15 de abril de 1997), ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo —cuando se aplica la nueva Norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la Norma antigua y a todos sus efectos consumados o no—, una retroactividad de grado medio —cuando la nueva Norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados— y una retroactividad de grado mínimo —cuando la nueva Norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior—. Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (Sentencias del Tribunal Constitucional 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997 entre otras y sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997 y 17 de mayo de 1999, entre otras muchas). Como se ve en este caso la retroactividad sería de grado mínimo, pues evidentemente no afecta a las licencias ya concedidas, que no es el caso.

De todo lo razonado se deduce que la resolución se ajusta a derecho, al haber respetado el PGOU, que exige el cumplimiento de la Ordenanza específica, la cual a la vez exige que se apruebe el Programa de Implantación, que en ningún caso se ha aportado».

De todo lo razonado se deduce que la resolución se ajusta a derecho, al haber respetado el PGOU, que exige el cumplimiento de la Ordenanza específica, la cual a la vez exige que se apruebe el Programa de Implantación, que en ningún caso se ha aportado».

De lo que resulta que no constando la presentación, ni la aprobación del Programa de Implantación, no procedería la legalización de la instalación, por todo lo cual procede la desestimación del recurso por entender que la resolución impugnada se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico.

QUINTO.— En materia de costas procederá su imposición a la parte actora de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la L.J.C.A, al observarse temeridad en su actitud procesal, al tratar de reproducir un debate que ya estaba resuelto en la sentencia de 18/04/2002 del Juzgado lo Contencioso Administrativo nº 1 de Zaragoza, olvidando tanto en la demanda como en el escrito de conclusiones mencionar información que debía constarle a la parte y que tenía trascendencia para la resolución del pleito.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

PRIMERO.— Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por T.S.M., S.A. contra la resolución de 18/04/2002 de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Zaragoza por la que se requería a T.M., S.A. para que en el plazo de un mes procediese a la retirada total —caseta incluida— en Paseo de la Ribera. Por estar la resolución ajustada al ordenamiento jurídico.

SEGUNDO.— Imponer las costas procesales a la parte actora.

Así por esta mi sentencia, que es firme y contra la que no puede interponerse recurso ordinario alguno lo pronuncio, mando y firmo.