



Jobat
24-3-2016

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA**

via laietana, 56, 2a. planta
08003 barcelona

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS núm.: 153/2014 Sección: G

Parte actora: ajuntament de figueres y telefonica moviles españa, s.a..

Representante de la parte actora: fco. javier manjarin albert.

Parte demandada: lluis benejam vidal.

Representante de la parte demandada: joana mª miquel fageda.

NOTIFICACIÓN DE SENTENCIA Nº 124/16

En virtud de lo acordado en procedimiento arriba indicado, se ha dictado **resolución de fecha uno de marzo de dos mil dieciséis**, que por copia se acompaña a la presente.

Se extiende para hacer constar, que para notificar la anterior resolución al LTDO/A **NARCIS TORRENT CUFI** en representación del AYUNTAMIENTO DE FIGUERES , se remite en el día de la fecha copia literal en sobre cerrado por correo certificado con acuse de recibo de conformidad con lo establecido en el art. 152.2 LEC, y se expide la presente en Barcelona a quince de marzo de dos mil dieciséis.



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA
SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA
SECCIÓ TERCERA**

Recurs d'apel·lació núm 153/2014

Jutjat Contenciós Administratiu núm 1 de Girona

Procediment ordinari núm 386/2012

**Apel·lants: IL·LM AJUNTAMENT DE FIGUERES i TELEFÓNICA
MÓVILES ESPAÑA, SA**

Apel·lat: SR LUÍS BENMEJAM VIDAL

S E N T È N C I A núm 124/2016

Magistrats/ades:

IL·LM. SR. MANUEL TÁBOAS BENTANACHS, President

IL·LMA. SRA. ISABEL HERNÁNDEZ PASCUAL

IL·LM. SR. HÉCTOR GARCÍA MORAGO

Barcelona, 1 de març de 2016

LA SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA (SECCIÓ 3ª), en nom de S.M el Rei i de conformitat amb allò que disposa l'art 117.1 de la Constitució, ha pronunciat la SENTÈNCIA que segueix, a les actuacions del recurs d'apel·lació

núm 153/2014, interposat, com a apel·lants, per L'IL·LM AJUNTAMENT DE FIGUERES –representat i assistit pel Lletrat consistorial SR NARCÍS TORRENT CUFÍ- i per TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SA – representada pel Procurador SR FRANCISCO JAVIER MANJARÍN ALBERT i assistida pel Lletrat SR CARLES LLOBREGAT BARBANY-, essent, l'apel·lat, el SR LLUÍS BENEJAM VIDAL –representat per la Procuradora SRA JOANA MIQUEL FAGEDA i assistit pel Lletrat SR EDUARD DE RIBOT MOLINET-.

Ha actuat com a Magistrat ponent l'Il·lm Sr Héctor García Morago, el qual expressa el parer de la Sala.

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER: La Sentència núm 7, de 17 de gener de 2014, dictada pel Jutjat Contenciós Administratiu núm 1 de Girona en el sí del procediment ordinari núm 386/2012, estimà parcialment la demanda interposada pel SR LLUÍS BENEJAM VIDAL contra L'IL·LM AJUNTAMENT DE FIGUERES i anul·là el Decret d'Alcaldia de 27 de juny de 2012, pel qual havia estat desestimada la sol·licitud formulada per l'actor amb la finalitat que TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SA fos obligada a retirar l'estació base de telefonia mòbil que tenia instal·lada al terrat de l'immoble ubicat al núm 25 del carrer Balmes.

La Sentència disposà, alhora, el cessament de l'activitat i el desmantellament de les instal·lacions.

SEGON: Disconformes amb el veredict, tant l'Ajuntament com la mercantil codemandada van interposar apel·lació; i el demandant s'hi oposà en temps i forma.

TERCER: Un cop elevades les actuacions a aquesta Sala, es va acordar formar-ne aquest rotlle d'apel·lació i designar Magistrat ponent. I un cop verificats els tràmits processals pertinents s'assenyalà el dia 23 de febrer de 2016 per tal de votar i decidir.

QUART.- En la tramitació d'aquest recurs d'apel·lació han estat observades les prescripcions legals de rigor.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER: La Sentència núm 7, de 17 de gener de 2014, dictada pel Jutjat Contenciós Administratiu núm 1 de Girona en el sí del procediment ordinari núm 386/2012, estimà parcialment la demanda interposada pel SR LLUÍS BENEJAM VIDAL contra L'IL·LM AJUNTAMENT DE FIGUERES i anul·là el Decret d'Alcaldia de 27 de juny de 2012, pel qual havia estat desestimada la sol·licitud formulada per l'actor amb la finalitat que TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SA (TME) fos obligada a retirar l'estació base de telefonia mòbil (EBTM) que tenia instal·lada al terrat de l'immoble ubicat al núm 25 del carrer Balmes.

La Sentència disposà, alhora, el cessament de l'activitat i el desmantellament de les instal·lacions.

La raó de decidí del Jutjat *a quo* es fonamentà en les previsions de la Disposició transitòria 1^a de les normes urbanístiques de la modificació núm 2.07 del Pla general de Figueres per a la implantació de serveis tècnics de telecomunicacions (DOGC 5424-20.07.2009), el tenor literal de la qual és el que segueix:

“Les antenes del tipus A, que no compleixin les determinacions i localitzacions establertes en la normativa, s'hauran de traslladar als emplaçaments previstos, per tal d'adaptar-se a la present normativa, en un termini de 12 mesos a comptar des de la vigència d'aquesta.”

Entengué, el Jutjat, si més no tàcitament, que en ésser del tipus A l'antena concernida i en no ser, el del carrer Balmes, un dels emplaçaments previstos per la modificació del Pla general, el transcurs d'un any des de l'entrada en vigor de la nova normativa urbanística havia portat aparellada l'extinció del títol habilitant de l'EBTM; títol habilitant (una llicència), que TME havia obtingut de l'Ajuntament l'any 1998.

SEGON: Davant d'aquest Tribunal les defenses lletrades de L'IL·LM AJUNTAMENT DE FIGUERES i de TME, han sol·licitat la revocació de la Sentència d'instància i la desestimació del recurs contenciós administratiu deduit pel SR LLUÍS BENEJAM VIDAL, amb un conjunt de consideracions que podrien resumir-se en els termes que segueixen:

- 1: Vulneració de la nostra doctrina sobre deslocalització d'activitats.
- 2: Aplicació al cas del règim de tolerància del usos “fora d'ordenació”.

3: Aplicació, pel Jurjat, d'un grau de retroactivitat de la normativa del Pla general, contrari als drets adquirits per TME en mèrits de la llicència municipal de 1998.

4: Impossibilitat d'atribuir efectes directes o immediats a la Disposició transitòria 1^a de les normes de la modificació del Pla general, en no resultar possible la revocació de la llicència de l'EBTM –no sotmesa a terminis- sense la previsió d'una indemnització.

5: Possibilitat de cercar una interpretació de la nova normativa del Pla general, susceptible d'admetre la continuïtat de l'EBTM, i

6: Impossibilitat de considerar ni tant sols iniciat el termini d'un any previst a la Disposició transitòria 1^a de la modificació del Pla general, en no haver estat encara aprovada tota la normativa municipal destinada a disciplinar de bell nou les EBTM. No debades, la Disposició addicional de la susdita modificació hauria previst que *“Es redactarà una ordenança municipal que establirà i regularà les condicions a les quals s'han de sotmetre la instal·lació i el funcionament de les infraestructures necessàries per al desenvolupament de les telecomunicacions.”*

TERCER: La defensa lletrada del SR BENEJAM ens ha sol·licitat la confirmació de la Sentència d'instància, després de sostenir, essencialment, la plena aplicació del nou planejament urbanístic i d'excloure-hi una exegesi flexible davant la claredat que, al seu parer, tindria la Disposició transitòria 1^a tantes vegades esmentada. I no sense rebutjar, per partida doble, l'aplicació al cas del règim de tolerància dels usos claudicants, *ex art 108* del text refós de 2010 de la Llei d'urbanisme (TRLU) i també l'argument expropiatori o indemnitzatori, en considerar que TME només hauria estat obligada a “traslladar” les instal·lacions.

QUART: Després d'haver analitzat els arguments de les parts, el material probatori incorporat a les actuacions, i la normativa aplicable, aquest Tribunal haurà de començar per rebutjar la tesi conforme a la qual TME no hauria patit cap ablació de drets (de drets susceptibles d'indemnització), en gaudir –segons l'apel·lat- de la possibilitat de traslladar l'EBTM a un emplaçament idoni.

TME va obtenir l'any 1998 la llicència per tal d'ubicar l'EBTM al carrer Balmes; és a dir: a un emplaçament molt concret. I els emplaçaments, en seu de telecomunicacions (com en moltes altres activitats) no són precisament irrellevants. De fet, són elements essencials del títol habilitant. Per tant: obligar a TME a desmantellar la EBTM que ara ens ocupa, havia de suposar necessàriament l'extinció de la llicència de 1998. Amb la càrrega afegida,

òbviament, d'haver d'obtenir una altre títol habilitant municipal per al nou emplaçament, sense que la modificació del Pla general portés aparellada cap seguretat o garantia en aquest sentit.

De fet, la interpretació del Pla general (i dels seus efectes) que sosté la defensa lletrada del SR BENEJAM, és incompatible amb les normes de superior jerarquia que disciplinen la revocació, per motius urbanístics, de llicències com la que li va ser atorgada a TME al juliol de 1998. I en aquest sentit, haurem de reconèixer que l'exegesi del nou planejament que han proposat les parts apel·lants, és la que resulta més aproximada als dissenys d'aquestes normes de rang superior.

Com hem dit en moltes de les nostres Sentències (per totes: la núm 952, de 23 d'octubre de 2009; la núm 894, de 17 de novembre de 2005; o la núm 312, de 29 d'abril de 2004), la revocació abrupta o sobrevinguda de les llicències no sotmeses a termini –o fins i tot de llarga durada– com a conseqüència d'una modificació del planejament urbanístic, no pot bandejar les previsions de l'art 88 del Reglament d'obres, activitats i serveis de les entitats locals (ROAS), aprovat mitjançant Decret 179/1995, de 13 de juny.

Aquest precepte del ROAS és del següent tenor literal (les negretes seran nostres):

“88.1 Les autoritzacions o llicències queden resoltes i sense efecte quan el beneficiari incompleix les condicions imposades per causes que li siguin imputables.

88.2 Els supòsits en què sigui procedent l'anul·lació de la llicència són els previstos i regulats a la legislació administrativa general sobre procediment administratiu, sens perjudici, respecte de les llicències urbanístiques, dels supòsits específics previstos a la legislació sobre la matèria. No és procedent la indemnització quan l'atorgament de la llicència o l'autorització sigui deguda a dol, culpa o negligència greu imputable a l'interessat.

88.3 És procedent la revocació de les llicències, per canvi o desaparició de les circumstàncies que en van determinar l'atorgament o per sobrevenir-ne d'altres de noves que en cas d'haver existit llavors haguessin justificat la denegació, en els termes establerts per la normativa general aplicable. També poden revocar-se les llicències quan la corporació adopti nous criteris d'apreciació recollits en la normativa aplicable corresponent.

88.4 L'extinció de la llicència s'ha de tramitar amb audiència a l'interessat. En els expedients d'anul·lació i de revocació s'ha de quantificar la indemnització a satisfer per l'administració, quan legalment sigui procedent.

88.5 L'expedient per deixar sense efecte la llicència, iniciat d'ofici, s'ha de resoldre en el termini de tres mesos a comptar de l'inici de les actuacions en el cas de la revocació, i des de la recepció del dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat, en els supòsits de l'anul·lació."

CINQUÈ: En el cas que ens ocupa, no consta que hagi estat tramitat el preceptiu expedient de revocació de la llicència; per tant, el termini de 12 mesos que preveu la Disposició transitòria 1ª de la modificació del Pla general, haurà de ser interpretat com una directriu adreçada a les autoritats municipals, per tal que aquestes puguin incoar, tramitar i resoldre els expedients de revocació de llicències que s'escaiguin, dins d'un horitzó temporal prefixat. I és en el sí d'aquesta perspectiva, que no deixarà de tenir un cert sentit la tesi sostinguda per TME, segons la qual el *dies a quo* de l'expressat termini s'escauria associar-lo a l'entrada en vigor a l'Ordenança que l'Ajuntament ha de redactar (el mandat és imperatiu) de conformitat amb la Disposició addicional de la modificació del Pla general. Ordenança que, d'altra banda, no es pot descartar que sigui rellevant en seu de reubicació de les instal·lacions que haurien estat habilitades en el seu moment per llicències en trànsit de revocació.

Conseqüentment, l'apel·lació haurà de prosperar, sense necessitat d'entrar en més consideracions.

TERCER: Atès allò que disposa l'art 139.2 LJCA, no serà precís efectuar cap pronunciament especial en matèria de costes. I quant a les de la primera instància, tampoc s'imposaran, de conformitat amb l'últim incís de l'art 139.1 LJCA.

DECISIÓ:

Per tot allò que ha estat exposat, aquesta Secció 3ª de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya **HA DECIDIT:**

ESTIMAR el present recurs d'apel·lació núm 153/2014, promogut per L'IL·LM AJUNTAMENT DE FIGUERES i per TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SA amb l'oposició del SR LLUÍS BENEJAM VIDAL i, conseqüentment:

1: REVOCAR i deixar sense efectes la Sentència núm 7, de 17 de gener de 2014, dictada pel Jutjat Contenciós Administratiu núm 1 de Girona en el sí del procediment ordinari núm 386/2012 i, en el seu lloc,

2: DESESTIMAR el susdit recurs contenciós administratiu.

Sense costes.

Notifiqueu aquesta Sentència a les parts amb l'advertiment que és ferma i, com a tal, insusceptible de recursos.

Alhora, trameteu una certificació del present veredicta, amb l'ofici corresponent, al Jutjat d'origen, per tal que hi pugui dictar els pronunciaments d'execució que siguin pertinents.

Aquesta és la nostra Sentència, que pronunciem, manem i signem. Adjunteu-ne una certificació literal al rotlle d'apel·lació,

PUBLICACIÓ.- El dia d'avui i en audiència pública, el Magistrat ponent ha llegit i ha publicat la Sentència anterior. En dono fe.