

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

ORDEN DE EJECUCIÓN. RETIRADA DE ANTENA DE TELEFONÍA MÓVIL.

Instalación incorporada al Programa de Implantación con licencia solicitada.

La antena puede ser legalizada.

Se precisa licencia de obras no de actividad.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D^a Concepción Gimeno Gracia

En Zaragoza, a 17 de Junio de 2009, habiendo visto los presentes Autos D^a Concepción Gimeno Gracia, Magistrada-juez de este Juzgado; y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Partes del recurso:

Recurrente V.E.,S.A, representada por la Procuradora Sra. D^a P.C.I. y defendida por la Letrado Sra. D^a E.A.C.

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

SEGUNDO.- Actuación recurrida:

Resolución de 3 de mayo de 2007, por la que se desestima el Recurso de Reposición interpuesto por V.E.,S.A., contra el acuerdo de Consejo de Gerencia de 23 de enero de 2007, por el que se requirió a V. para que en el plazo de un mes procediese a la retirada de antena en C/ Palma de Mallorca nº 34.

TERCERO.- Pretensiones de la parte recurrente:

Se dicte Sentencia por la que se declare nula y sin efecto la resolución recurrida, todo ello por entenderlo contrario a Derecho y lesivo a los intereses de la recurrente, con expresa condena en costas a la Administración demandada.

CUARTO.- Pretensiones de la Administración demandada:

Se dicte Sentencia por la que se desestime el recurso formulado y lo demás procedente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la recurrente contra la actuación administrativa recurrida, por entender en esencia, que en todo caso, la infracción cometida sería una infracción leve y la sanción máxima a imponer la de 150,26 € en el caso de entenderse que la inclusión en el Programa de Implantación, es un requisito urbanístico. Añade, que en el caso de no entenderse que la inclusión en dicho Programa, fuera efectivamente un requisito Urbanístico, no se habría cometido infracción alguna y por tanto, no debería procederse a la imposición de ninguna sanción, todo ello de conformidad al tenor literal del artículo 204.b) de la Ley 5/1999. Por último, mantiene que la pretendida demolición aquí impugnada, conlleva una destrucción de riqueza injustificada y por tanto, debe evitarse, salvo que concurran inmediatas exigencias de interés público, así como que los supuestos de hecho y requisitos procedimentales que la Ley 5/99, establece para que el órgano competente pueda adoptar una medida tan gravosa como la demolición, son tasados y que vienen previstos en los artículos 196 y 197, sin que nos encontremos ante el caso, por no quedar acreditado que las obras fuesen manifiestamente incompatibles con el planeamiento, y porque, habiéndose solicitado oportuna licencia de obra en fecha de 12 de julio de 2006 y la incorporación de la instalación objeto del procedimiento al Programa de Implantación, el Ayuntamiento de Zaragoza no se ha

pronunciado en modo alguno de forma expresa por todo ello la estimación de la demanda.

SEGUNDO.- Debemos partir de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1, en el Procedimiento Ordinario número 31/2008 (directamente relacionado con el presente), en el que implicadas las mismas partes que en el presente, la aquí recurrente impugnaba allí, la resolución del Teniente de Alcalde Delegado del Área de Urbanismo y Arquitectura del Ayuntamiento de Zaragoza de 20 de noviembre de 2007, que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra Acuerdo del Consejo de Gerencia de 11 de septiembre de 2007, por el que imponía a la recurrente sanción de 30.000 €, por infracción urbanística grave del art. 204.b, de la Ley 5/1999, Urbanística de Aragón, por la colocación de una antena de telefonía móvil en C/ Palma de Mallorca, 34.

Pues bien, la Sentencia dice:

“...Como este Juzgado ha sostenido en diversas ocasiones, el sistema de restablecimiento de la legalidad urbanística ha sido modificado por la Ley 5/1999, estableciendo un procedimiento intermedio, en el que obligadamente la Administración municipal debe determinar si las obras son o no, total o parcialmente compatibles con la ordenación urbanística.

Así, cuando la Administración comprueba que se ha realizado una obra sin licencia o excediéndose a la misma, si la misma no ha concluido, debe ordenar la paralización de la obra y de los usos que permitiere (art. 196.1 de la Ley 5/1999). Acto seguido o cuando tiene constancia de que una obra ya concluida, se ha realizado sin licencia y no ha prescrito la infracción urbanística (art. 197.1), debe tramitar un procedimiento administrativo “el oportuno expediente”, en el que primero deberá decidir si las obras o usos son total o parcialmente compatibles con el ordenamiento urbanístico. Si tras la tramitación del expediente, se comprueba que no lo son o no lo son en su totalidad, decretará su demolición, reconstrucción o cesación definitiva (artículo 196.a), y si lo son “requerirá para que en plazo de dos meses solicite el interesado la oportuna licencia”. Si el interesado no pidiera la licencia la Administración ordenar se realicen los Proyectos técnicos necesarios para que pueda pronunciarse sobre la legalidad, a costa del interesado. Si a pesar de los proyectos no se procede la legalización, también decretará la demolición (art. 196.b).

Como se ve es determinante en este sistema el informe o declaración en el que se determine que la obra no es legalizable. En este caso la antena puede ser legalizada.

Como ha sostenido el Juzgado de lo Contencioso Administrativo numero 3 en Sentencia de 1 de septiembre de 2008 (PA 365/2007), la inclusión de la instalación en un Programa de implantación no es discrecional, pero tampoco es un simple requisito formal, al constituir un tramite proporcionado y de inexcusable cumplimiento para posibilitar la obtención de licencias, según ha declarado con reiteración nuestro Tribunal Supremo, al menos, en Sentencias de 24 de enero de 2000, 15 de diciembre de 2003, 24 de mayo de 2005, 24 y 26 de octubre de 2005, 28 de marzo de 2006, 4 de julio de 2006 y 23 de noviembre de 2006.

El Ayuntamiento fija como requisito para la legalización urbanística del emplazamiento, es decir para la concesión de licencia urbanística de la instalación, la previa inclusión en un Programa de Implantación de cada emplazamiento.

Según la LARAG 7/2006, las instalaciones de telecomunicaciones en Aragón, a diferencia de otras Comunidades Autónomas no precisan licencia de actividad, lo que no excusa de la licencia de obras, ni tampoco del cumplimiento de las garantías medioambientales.

Pues bien, en este caso el 8 de enero de 2007, se solicitó por la recurrente la incorporación de este emplazamiento en el Programa de Implantación que establece la ordenanza local de antenas (exp. 33.343/2007, encontrándose en la actualidad la recurrente a la espera de que el Ayuntamiento resuelva sobre esta solicitud, aunque constan tres informes favorables: el de Urbanismo, el de Patrimonio Histórico y el de Gestión Ambiental).

Visto que por parte de la recurrente se ha aportado toda la documentación necesaria para que el Ayuntamiento valore la adecuación al orden urbanístico, o no,

de la instalación, hay que concluir que no puede darse una resolución como la recurrida sin especificar el motivo por el cual la instalación no es compatible de manera definitiva con la ordenación vigente, esto es, no procede una resolución como la recurrida en tanto no haya un pronunciamiento por parte del Ayuntamiento en que resuelva la solicitud de la recurrente en cuanto a la inclusión en el Programa de Implantación del emplazamiento cuestionado y la solicitud de licencia de obras para restablecer la legalidad urbanística.

Sólo en caso de denegarse definitivamente ambas solicitudes, cabría una resolución procediendo a retirar la antena al ser ésta ilegalizable.

SEGUNDO.- Si no es posible confirmar la orden de retirada, sin perjuicio de que la Administración si la actividad, luego no es legalizable denegándose la ampliación del Programa, es evidente que debe estimarse el recurso pues ha de anularse la sanción impuesta.

Como se ha suscitado de forma subsidiaria, debe imponerse la sanción leve en la cuantía de 1.500 €, en atención a la entidad de la obra y culpabilidad al no solicitar con anterioridad licencia, por cometer la infracción de realizar obras sin licencia que pudieran ser legalizables, art. 203.b) de la Ley Urbanística de Aragón...”

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, razones éstas por las que procede estimar la demanda interpuesta de la forma que se dirá en la parte dispositiva de la presente resolución.

TERCERO.- 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. 353/2007-AC, interpuesto por V.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.