

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

SANCIÓN URBANÍSTICA. INSTALACIÓN DE ANTENA TELEFONÍA MÓVIL.

Infracción urbanística leve.

La instalación incumple la Ordenanza Municipal.

Falta de inclusión en el Plan de Implantación.

Intencionalidad en la comisión de la infracción.

Minoración de la sanción.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José Javier Oliván del Cacho

Zaragoza a veinte de julio de dos mil nueve.

En nombre de S.M. el Rey, el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Javier Oliván del Cacho, Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de los de Zaragoza, habiendo visto el Procedimiento Ordinario 285/2008, en el que ha sido actora V.E.,SAU, representada por Doña P.C.I., Procuradora, con asistencia letrada de Doña E.A.C., y como demandado el Ayuntamiento de Zaragoza, representado por Doña N.C.A., Procuradora, con asistencia de la Sra. Letrado Consistorial, siendo objeto del recurso la resolución de 22 de abril de 2008, del Consejo de Gerencia de Urbanismo.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 17 de octubre de 2008, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución precitada.

SEGUNDO.- Con fecha 15 de enero de 2009, la Sra. C. I. presentó escrito de demanda, en cuyo suplico interesaba que se dictara una sentencia, por la que:

“Se anule la Resolución dictada por el Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza en 21 de abril de 2008, por la que se impone una sanción de 30.000 euros, en relación con la estación base sita en la calle Vicente Berdusán, (Zaragoza).

De forma subsidiaria, sea calificada la infracción como leve, en atención al artículo 203.b) de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística de Aragón”.

TERCERO.- Mediante Auto de 27 de abril de 2009, se fijó la cuantía de esta litis en 30.000 euros y se acordó el recibimiento del pleito a prueba.

CUARTO.- Presentados los correspondientes escritos de conclusiones, los Autos quedaron conclusos para Sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en esta litis la sanción a la mercantil recurrente.

SEGUNDO.- De los expedientes administrativos cabe derivar los siguientes elementos fácticos:

Expediente 488.643/07

1.- Con fecha 11 de julio de 2007, se formuló denuncia por el siguiente hecho:

“Instalar cualquier clase de tendido aéreo, eléctrico, telefónico, de T.V., vídeo, etc, sobre edificios residenciales, sin haber obtenido la correspondiente autorización municipal.

Se está realizando la instalación de una antena de telefonía móvil de la compañía V. sin ningún tipo de licencia o autorización municipal”:

2.-Con fecha 25 de septiembre de 2007, el Vicepresidente del Consejo de

Gerencia resolvió ordenar la paralización de las obras en curso.

3.-Con fecha 22 de octubre de 2007, folio 17, se informó:

“En relación con este emplazamiento de Calle Vicente Berdusán, se informa que no figura en el Programa de Implantación de V.E.,S.A., aprobado para esta operadora por el Ayuntamiento.

No constan datos de que se haya iniciado nuevo expediente para su incorporación al Programa, que deberá efectuarse de conformidad con lo dispuesto en el punto cuarto del acuerdo plenario de 27 de julio de 2006 en expediente, 866.848/2005”.

4.-Previa propuesta, el Consejo de Gerencia, en fecha 8 de noviembre de 2007, acordó la iniciación de un expediente de restauración de la legalidad urbanística.

5.-Con fecha 3 de diciembre de 2007, folios 24 y siguientes, obra escrito de alegaciones, en el que se solicitaba que se diera el trámite del art. 196.b) de la Ley Urbanística de Aragón.

6.-Previa propuesta, por el Consejo de Gerencia, con fecha 18 de diciembre de 2007, se resolvió *“requerir a V.E.,S.A. para que en el plazo de un mes a partir de la recepción de este acuerdo proceda a la retirada de la antena de telefonía móvil”.*

7.-Con fecha 22 de enero de 2008, fue incoado expediente sancionador (folios 36 y siguientes) por la eventual comisión de una infracción urbanística grave.

8.-Con fecha 19 de febrero de 2008, se presentó por la mercantil recurrente el correspondiente escrito de alegaciones.

9.-Previa propuesta de resolución, de 3 de marzo de 2008, se presentó un nuevo escrito alegaciones (folios 48 y siguientes):

“TERCERO.- A día de hoy la licencia está concedida por silencio positivo, tal como recoge el art. 176 en relación con el 175 D de la Ley Urbanística de Aragón, la incorporación al Programa de Implantación se solicitó el 14 de diciembre de 2007, ante la Dirección de Servicios de Planificación y Diseño Urbano, de la Gerencia de Urbanismo de este Excelentísimo Ayuntamiento, nº de entrada 14.443-2007 y nº de expte. 1.444.432-2007.

Asimismo, se solicitó licencia de obra y se aportaron los proyectos el 27 de diciembre de 2007, nº de entrada 148.679 y nº de expediente 1.486.799-2007.

No existe excusa legal para suspender dicho plazo, ya que no se está a expensas de ninguna actuación ajena al propio Ayuntamiento por lo cual, el plazo de resolución es el fijado en la referida norma urbanística, y su no resolución en plazo produce los efectos fijados en dicha Ley 5/1999, por tanto la licencia debe entenderse concedida. No existe en el expediente constancia de ningún incumplimiento urbanístico sino exclusivamente una inactividad del propio Ayuntamiento. Debe el Ayuntamiento en su futura resolución motivar la justificación, norma y artículo, que le permite dilatar el plazo de concesión de licencia establecido en la referida Ley, ya que en caso contrario la resolución produciría indefensión al no argumentarse la norma que contradice a lo estipulado en los artículos 176 y 175 D, no valiendo la habitual resolución tipo que niega todos los argumentos sin motivación suficiente.

CUARTA.- Aunque creemos que la falta de inclusión en el Programa es imputable al Ayuntamiento por su premeditada inactividad (contrastada por más de un año sin haber incluido ningún emplazamiento de ningún operador), la sanción se basa en que la instalación no cumple la Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicación por Transmisión-Recepción de Ondas Radioeléctricas al no estar incluida en el Plan de Implantación .

Pero la falta de inclusión en el Plan, supone sólo incumplir un requisito previsto en la Ordenanza, la cual establece de manera clara y transparente las sanciones que corresponden a las acciones y omisiones que vulneran la Ordenanza (...)

Si aplicamos estrictamente la ley especial que fija la sanción (Ordenanza) nos encontramos que la no inclusión de una estación base en el Programa de Implantación sólo se puede incardinar (...) en una sanción leve (...).”

10.-El Consejo de Gerencia, en acuerdo de 21 de abril de 2008, acordó imponer la sanción de 30.000 euros, cuya ratificación se ha impugnado en esta litis.

TERCERO.- Para resolver la presente litis, este Juzgado debe partir de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3, de 12 de febrero de 2009, Procedimiento Ordinario 192/2008, en la que se anuló la orden de retirada de la antena de telefonía móvil con base en lo que sigue:

“Teniendo en cuenta que como se ha dicho V.E.,S.A. procedió a solicitar licencia urbanística con, fecha 24/7/2007, y la inclusión en el Programa, de Implantación con fecha 27/12/2007, en aplicación de la normativa urbanística autonómica, el orden urbanístico no ha quedado materialmente alterado, quedando pendiente su restauración formal.

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 hay 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 la licencia de obras para restablecer la legalidad urbanística.

Sólo en el caso de denegarse definitivamente ambas solicitudes, cabría una resolución como la recurrida, por lo que no cabe sino estimar el recurso interpuesto respecto de la anulabilidad del acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 19/2/2008 (...).”

A partir de lo anterior, es claro que, ante la incertidumbre de la posible legalización, debió imponerse una sanción leve correspondiente a la infracción del art. 203.b) de la Ley Urbanística de Aragón, que contiene la siguiente tipificación:

“La realización de actos de edificación o uso del suelo y del subsuelo sin licencia u orden de ejecución o contraviniendo sus condiciones, cuando tales actos sean legalizables por ser conformes con el ordenamiento urbanístico o cuando tengan escasa entidad”.

Ello es así, porque, al menos, cuando se dictó la sanción ahora enjuiciada, no se había dictado resolución en relación con la solicitud de autorización y con la solicitud de incorporación al Programa de Implantación, por lo que la Administración no podía basar la sanción en el carácter no legalizable de la instalación.

Por otro lado, las consideraciones anteriores no impiden entender que sí que se ha cometido, al menos, una infracción leve, en cuanto que, a la vista de la denuncia obrante en el expediente, es claro que la instalación en cuestión se encontraba situada con anterioridad, incluso, a la presentación de las solicitudes de legalización.

En consecuencia, este Juzgado debe sustituir la multa impuesta por la sanción de 2.500 euros, que se impone en dicha cuantía, en atención a la entidad objetiva de la empresa que conlleva una evidente intencionalidad en la comisión de la infracción.

CUARTO.- No concurren circunstancias justificativas de una condena en costas, ex art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

FALLO

Se estima sustancialmente el recurso 286/2008 interpuesto por V.E.,S.A. contra el acuerdo del Consejo de Gerencia de 9 de julio de 2008, que se anula y se sustituye por la multa de 2.500 euros; sin costas.