

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

IMPOSICIÓN DE SANCIÓN. INFRACCIÓN URBANÍSTICA LEVE.
INSTALACIÓN ANTENA TELEFONÍA MÓVIL.

Antena excluida del Programa de Implantación de telefonía móvil.

Minoración de la multa.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Luis-Carlos Martín Osante

En la ciudad de Zaragoza, a doce de febrero de dos mil nueve.

Vistos por mi D. LUIS CARLOS MARTIN OSANTE, Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de los de Zaragoza, los presentes Autos de Procedimiento Ordinario nº 166/08 seguidos a instancia de V.E., S.A. representado por la Procuradora Sra. C.I. y defendido por el Letrado Sra. E.A.C., y siendo demandado el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora Sra. C.A., asistido del Letrado Sr. F.R.T.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11/4/2008 se presentó en el Decanato de los Juzgados de esta Ciudad, escrito de interposición de Procedimiento Abreviado en el que se formuló recurso contencioso-administrativo por la representación procesal y defensa de V.E., S.A., frente al acuerdo del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 27/11/2008 en el expediente administrativo nº 763230/2007 de imposición de una multa de 30.000 € a la entidad recurrente por la instalación de una antena o estación base de telefonía móvil en el edificio sito en C/ Altair esquina C/ Federico Ozanam, sin estar incluida en los emplazamientos del Programa de Implantación de Telefonía Móvil; confirmada en vía de recurso de reposición mediante acuerdo del propio Consejo de la Gerencia de Urbanismo de fecha 5/2/2008, expediente administrativo nº 39.604/2008.

Mediante Auto dictado con fecha 9/5/2008 se estimó la petición de medidas cautelares formulada mediante otrosí digo.

SEGUNDO.- Mediante Providencia se tuvo por interpuesto dicho recurso y se reclamó el expediente administrativo a la Administración, del que se dio traslado a la parte recurrente, para la interposición de la demanda. A continuación se dio traslado a la Administración para que formulase contestación a la demanda.

TERCERO.- Mediante Auto se fijó la cuantía del presente procedimiento y se recibió el proceso a prueba, practicándose las admitidas a las partes con el resultado que obra en Autos.

Una vez formuladas las conclusiones, quedó el juicio visto para Sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso contencioso-administrativo.- En el suplico de la demanda se insta por la parte recurrente V.E., S.A. que se declare no ajustado a derecho y se anule el acuerdo del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 27/11/2008 en el expediente administrativo nº 763.230 de imposición de una multa de 30.000 € a la entidad recurrente por la instalación de una antena o estación base de telefonía móvil en el edificio sito en C/ Altair esquina C/ Federico Ozanam, sin estar incluida en los emplazamientos del

Programa de Implantación de Telefonía Móvil, confirmada en vía de recurso de reposición mediante acuerdo del propio Consejo de la Gerencia de la Gerencia de Urbanismo de fecha 5/2/2008, expediente administrativo nº 39.604/2008.

La Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicación por Transmisión Recepción de Ondas Radioeléctricas en el Término Municipal de Zaragoza (aprobada por el Ayuntamiento Pleno el 30/05/2001) dispone en su art. 4, referido a las "Instalaciones" de telecomunicación por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas", que la instalación o modificación de los elementos o equipos de telecomunicación por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas, antenas, estaciones base, radio enlaces y cualquier otro tipo de instalaciones destinadas a prestar el servicio de telefonía móvil u otros servicios de telefonía radio, requerirán la aprobación previa de un programa de implantación que contemple el conjunto de toda la red dentro del término municipal, en el que se justificará la solución propuesta con criterios técnicos de cobertura geográfica y en relación a otras alternativas posibles. El referido programa, que deberá presentar cada operador interesado en la colocación de este tipo de instalaciones y que tenga concedido el título habilitante por la Administración competente en materia de telecomunicaciones, habrá de definir también la apología de las mismas para cada emplazamiento concreto. Cada programa de implantación deberá ajustarse a las correspondientes normas técnicas aprobadas por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y al contenido de la presente Ordenanza.

A tal efecto, debe hacerse notar que las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (El Derecho EDJ 2004/141343, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec Iª, S 9-6-2004, nº 488/2004, rec. 857/2001. Pte: Juste Diez de Pinos, Nerea) que ha visto un recurso contencioso-administrativo frente a esta Ordenanza señala respecto del programa de implantación, que hay que poner de relieve que la Sentencia del Tribunal Supremo EDJ 2003/187108 tiene declarado que "La observancia de la normativa estatal en la materia y de las directrices emanadas de la Administración Estatal en el marco de sus competencias queda garantizada mediante la exigencia de que el plan técnico se ajuste a los correspondientes proyectos técnicos aportados por el Ministerio competente. El hecho de que la instalación de antenas para telefonía móvil esté vinculada a la aprobación del plan técnico a que se refieren los artículos 7 y 9 de la Ordenanza constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia y no pueden considerarse ilegales en cuanto establecen la indicada exigencia y señalen el contenido de un plan tendente a garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas para la protección de edificios, conjuntos catalogados, vías públicas y parajes urbanísticos, se tratan de materias estrictamente relacionadas con la protección de intereses municipales respecto de los que no sólo tiene competencia el Ayuntamiento sino que éste tiene encomendada la función de proteger. Por tanto al desenvolverse dentro de las competencias atinentes al Ayuntamiento, no ya la aprobación de un Plan Técnico, sino la aprobación de un Programa de Implantación que contemple la disposición geográfica de la red y su ubicación completa que deberá presentar el operador.

SEGUNDO.- Las alegaciones de la parte recurrente sobre el procedimiento administrativo.- Para la adecuada resolución del caso debe hacerse notar que la parte recurrente alega cuestiones referidas al procedimiento administrativo.

Por lo que se refiere al acuerdo de incorporación, el art. 8 (Acuerdo de iniciación) del Decreto 28/2001, de 30 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comunidad Autónoma lo siguiente: *"1 La iniciación de los procedimientos sancionadores se formalizará con el contenido mínimo siguiente: (...) b) Los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción."*

La parte recurrente mantiene que no se ha concretado adecuadamente los hechos imputados ni tampoco un pronunciamiento preciso de la responsabilidad imputada Sin embargo, debe hacerse notar que consta en el acuerdo de incoación la

imputación del hecho de instalar una antena o estación base de telefonía móvil en el edificio sito en C/ Altair esquina C/ Federico Ozanam, se trata de una delimitación esencial del comportamiento de la entidad recurrente que puede ser suficiente para intervenir en el procedimiento y articular su defensa ante el procedimiento sancionador. Por lo que se refiere a la imputación, cabe hacer notar que se incluye en el acuerdo de incoación una calificación como infracción grave del art. 204.b) de la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999, lo que cumple las exigencias del precepto del Decreto 28/2001, de 30 de enero, del Gobierno de Aragón.

Por lo que se refiere a la propuesta que la de resolución, efectivamente en el art. 14 del Decreto 28/2001, de 30 de enero, del Gobierno de Aragón, se establece el deber de notificar la propuesta de resolución.

Reiterada doctrina viene declarando falta del traslado de la propuesta de resolución, y en definitiva de la posibilidad de audiencia del denunciado, puede tener distinta trascendencia, dependiendo de que ocasione o no verdadera indefensión, según establece el artículo 63.2 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Según interpretación del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-administrativo, a la vista de la regulación del procedimiento sancionador en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la notificación de la propuesta de resolución tiene como objeto dar traslado al expedientado o denunciado de la determinación de los hechos una vez practicada, en su caso, la prueba correspondiente, así como de la opinión del instructor acerca de la calificación de los mismos y sanciones procedentes, en su caso.

De modo que, si no se ha efectuado prueba alguna y además, entre el primer traslado que se le da al interesado, y a la vista del cual puede o no formular las alegaciones y la resolución que se dicta, no hay una divergencia ni en la descripción de los hechos, ni en la tipificación de los mismos, ni en la sanción que pueda imponerse, de modo que la propuesta de resolución nada añade a tales extremos, entonces no puede decirse que la ausencia de ésta ocasione indefensión alguna, pues no consistiría sino en una pura reproducción del trámite ya conferido antes.

Precisamente, en el caso que nos ocupa consta que por V.E., S.A. no se efectuaron alegaciones, y que no se practicaron actuaciones probatorias tras el acuerdo de incoación, cuyo contenido se plasmó en lo sustancial en la propuesta de resolución. En consecuencia, procede la desestimación de dicho motivo de impugnación.

TERCERO.- La calificación jurídica de la actuación de V.E., S.A.- Por parte de la entidad recurrente se alega que la calificación jurídica formulada por el Ayuntamiento de Zaragoza en la resolución sancionadora no es correcta.

La Administración demandada ha considerado que la infracción administrativa consiste en la instalación de una antena de telefonía móvil sin estar incluida dentro de los emplazamientos del Programa de Implantación de telefonía móvil en el edificio sito en C/ Altair esquina C/ Federico Ozanam, y ha impuesto una sanción administrativa en virtud de la previsión establecida en el art. 204.b) de la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999.

Por su parte, hay que tener en cuenta que el artículo 203 (Infracciones leves) dispone lo siguiente:

“Constituyen infracciones administrativas leves y serán sancionadas con multa de 25.000 a 500.000 pesetas (...)

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

Por su parte, el art. 204 (Infracciones graves) establece lo siguiente:

“Constituyen infracciones administrativas graves y serán sancionadas con multa de 500.001 pesetas a 5.000.000 de pesetas (...)

“b) La realización sin licencia de actos de edificación o uso del suelo y del subsuelo de suficiente entidad, en contra de lo dispuesto en el ordenamiento urbanístico, salvo cuando esté tipificada como infracción muy grave.”

Para la adecuada resolución de esta cuestión hay que tener en cuenta que la sentencia dictada con fecha 1/9/2008 en el procedimiento ordinario nº 365/2007-P, seguido ante este mismo Juzgado, se ha ocupado de la resolución del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 27/3/2007, por la que se requiere a la actora para que en el plazo de un mes proceda a la retirada de la estación base de telefonía móvil que es objeto del presente proceso (en el edificio sito en C/ Altair esquina C/ Federico Ozanam). En dicha Sentencia se indica lo siguiente:

“La inclusión de la instalación en un programa de implantación no es discrecional, pero tampoco es un simple requisito formal, al constituir un trámite 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 excusa de la licencia de obras, ni tampoco precisan licencia de actividad, lo que no excusa de la licencia de del cumplimiento de las garantías medioambientales.

“Con fecha 12 de julio de 2006, se solicitó por la recurrente, licencia de obra para la instalación de una estación base de telefonía, sita en la c/ Altair-c/ Federico Ozanam y el día 6 de marzo de 2007 se solicitó la incorporación de este emplazamiento en el Programa de Implantación que establece la ordenanza local de antenas, encontrándose en la actualidad la recurrente a la espera de que el Ayuntamiento resuelva sobre estas solicitudes tramitadas ante la Dirección de Servicios de Planificación y Diseño Urbano, de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento demandado, constando en el expediente administrativo ampliatorio remitido a este Juzgado (folios 41 a 57), el 11 de septiembre de 2007, que el Director de Servicios de Planificación y Diseño Urbano del Ayuntamiento, Sr. Pérez Corzán, concluye en su informe técnico que “no se aprecia que la implantación de una radiobase para la prestación del servicio de comunicaciones móviles UMTS y GMS en este emplazamiento contravenga la normativa Urbanística de aplicación”.

“Así vemos que por la recurrente se han cumplido todos los requisitos y trámites exigidos por el Ayuntamiento para legalizar la instalación, resultando de la documentación obrante en el expediente administrativo que cabe esperar que el propio Ayuntamiento incorpore el mentado emplazamiento al Programa de Implantación.”

“Resultando que la obra cuya licencia se cuestiona resulta compatible con las determinaciones de la ordenanza local reguladora de este tipo de estaciones base de telefonía es de aplicación el art. 196.b) de la Ley 5/1999 de Urbanismo de Aragón, por remisión del art. 197.1 del mismo texto legal”

“En dicho art. 196.b) se establece que si las obras o los usos pudieran ser compatibles con la ordenación vigente, el Alcalde requerirá al interesado para que en el plazo de 2 meses solicite la preceptiva licencia o su modificación.”

“Teniendo en cuenta que como se ha dicho VE, S.A. procedió a solicitar licencia con fecha 12 de julio de 2006, 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 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 como la recurrida por lo que no cabe sino estimar el recurso interpuesto.”

Sobre la base de tales consideraciones cabe concluir que efectivamente la actuación de V.E., S.A. al instalar la antena o estación base de telefonía móvil en el edificio sito en c/ Altair esquina c/ Federico Ozanam no se puede concluir que sea contraria a la legislación urbanística o que no sea “legalizable” –en la terminología de la Ley Urbanística de Aragón-. Ello implica que, efectivamente, al haber procedido la entidad recurrente a la instalación de la antena o estación base de telefonía móvil sin haber obtenido la preceptiva licencia urbanística y sin estar previamente incluida en el programa de implantación, es procedente entender que se ha cometido la infracción administrativa leve del art. 203.b).

La parte recurrente alega en su escrito de demanda que si se trata de una infracción leve, habría transcurrido el **plazo de prescripción** del art. 209 de la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999, que fija al mismo para la infracción leve en un año.

Debe hacerse notar que el art. 209 de la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999 (Prescripción) dispone lo siguiente: *"1. El plazo de prescripción para las infracciones leves será de un año, para las graves, de cuatro años, y para las muy graves, de diez años, de conformidad con lo establecido en la legislación del procedimiento administrativo común. 2. El cómputo de los plazos de prescripción se iniciará cuando aparezcan signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de la infracción. 3. En las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consuma.”*

En cuanto al “dies a quo”, debe hacerse notar que una adecuada interpretación de dichos preceptos lleva a entender que sólo comienza la prescripción cuando finaliza la construcción de la antena o estación base de telefonía móvil, ya que se trata de lo que la Ley denomina “actividad continuada” que no cabe confundir con “infracción continuada”, por cuanto la construcción se desarrolla en el tiempo.

La parte recurrente sitúa el “dies a quo” el día 3/7/2006, en que se efectuó un acta de inspección por los agentes de la Policía Local. Sin embargo, de una adecuada valoración de la prueba obrante en autos y de la practicada en el propio expediente administrativo se desprende que no cabe entender que la instalación de la antena o estación base de telefonía móvil concluyera hasta el día 7/11/2006, ya que consta en dicha fecha un informe de la Policía Local obrante en el expediente administrativo nº 1476249/06, al folio 1) en el que se hace constar que en dicha fecha se ha descubierto la existencia de un recubrimiento alrededor de la antena o estación base de telefonía móvil en el edificio sito en el c/ Altair esquina C/ Federico Ozanam con forma confundible con una chimenea de salida de gases o humos. No consta prueba alguna por parte de la entidad recurrente para situar la finalización de las obras con anterioridad, por lo que dicha fecha ha de tomarse como “dies a quo” del plazo de prescripción.

Dado que el acuerdo de incoación data de fecha 12/9/2007 no se produjo el transcurso del plazo de prescripción de un año que se indica en la Ley Urbanística de Aragón. Públicas y del Procedimiento Administrativo.

En resumen, la actuación de V.E., S.A., ha de calificarse como infracción leve, del art. 203.b) de la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999, que es sancionable con multa de 25.000 a 500.000 pesetas. Atendiendo a las circunstancias concurrentes, en aplicación de los arts. 131 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Común, y 207 de la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999, dado que se trata de una instalación de una antena o estación base de telefonía móvil, con una limitada afectación al orden urbanístico, por una parte, aunque, por otra parte, supone una actuación de la entidad recurrente que por varias ocasiones ha llegado al incumplimiento de las órdenes de paralización, es procedente la sustitución de la multa fijada en la resolución recurrida por una multa de 1.200 €.

En consecuencia, procede la estimación parcial del recurso.

CUARTO.- Costas y recurso.- No se aprecian motivos que justifiquen la imposición de costas procesales a ninguna de las partes, por no apreciarse temeridad o mala fe en sus respectivas posturas procesales (art. 139.1 LJCA).

De conformidad con lo dispuesto en la LJCA procede recurso de apelación ante Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

FALLO

PRIMERO.- Estimo parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por V.E.,S.A., frente al acuerdo del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 27/11/2008 en el expediente administrativo nº 763.230/2007 de imposición de una multa de 30.000 € a la entidad recurrente por la instalación de una antena o estación base de telefonía móvil en el edificio sito en C/ Altair esquina c/ Federico Ozanam, sin estar incluida en los emplazamientos del Programa de Implantación Telefonía Móvil, confirmada en vía de recurso de reposición mediante acuerdo del propio Consejo de la Gerencia de Urbanismo de fecha 5/2/2008, expediente administrativo nº 39.604/2008.

SEGUNDO.- Dicha actividad administrativa queda parcialmente anulada y sin efecto.

TERCERO.- Sustituyo la sanción de multa de treinta mil Euros (30.000 €) por la comisión de una infracción grave del art. 204.b) de la Ley Urbanística de Aragón, de 25 de marzo de 1999 por una multa de mil doscientos Euros (1.200 €), por la comisión de una infracción leve del art. 203.b) de la Ley Urbanística de Aragón, manteniendo el resto de la resolución impugnada.

CUARTO.- No procede imponer las costas procesales a ninguna de las partes.

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.