

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

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

No inclusión en el Programa de Implantación. Carece de licencia.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En ZARAGOZA, a dos de marzo de dos mil nueve.

El/La Sr/a. D/ña. JAVIER ALBAR GARCIA, Magistrado-Juez de Contencioso/Administrativo nº 2 de Zaragoza y su Partido, habiendo visto los presentes Autos de Procedimiento Ordinario 293/2008-BM seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente D/ña. V.E., S.A. representada por la Procuradora Sra. C.I. y de otra AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, Procuradora SRA. C.A. y la Letrada D^a M.J.P.S. sobre multa de 30.000 euros por la comisión de una infracción urbanística grave consistente en instalación de antena de telefonía móvil, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha 08.07.08 se interpuso por V.E., S.A. recurso contencioso-administrativo contra la actuación administrativa arriba referenciada.

Acordándose incoar procedimiento ordinario, el cual debería sustanciarse conforme a lo dispuesto en el art. 45 y ss. de la LJCA, y reclamándose el oportuno expediente administrativo.

SEGUNDO.- Que tras recibirse el expediente reclamado, se dio traslado del mismo a la recurrente para que en el plazo de veinte días formalizase la oportuna demanda, habiéndolo hecho mediante el escrito que consta unido, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos.

Una vez formalizada la demanda, se dio traslado a la Administración demandada, con entrega del expediente administrativo, para que contestara a la misma en el plazo de veinte días, habiéndolo hecho conforme consta en Autos.

TERCERO.- Que mediante Auto de fecha 07.11.08 se acordó fijar la cuantía del recurso en 30.000 euros.

Por la parte recurrente se solicitó el recibimiento del proceso a prueba.

Que por ambas partes se solicitó el trámite de conclusiones.

CUARTO.- Que en la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre el acuerdo del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 7-5-2008 que confirmó en resolución de recurso de reposición la de 4-3-2008 por la que se había impuesto a la recurrente una sanción de 30.000 euros por la comisión de una infracción del art. 204.b LUA consistente en instalar una antena de telefonía móvil en la calle Bernuz 7, sin estar incluida en el Programa de Implantación y careciendo de licencia.

Se alega falta de motivación, defecto de tipificación al ser infracción leve y, consiguientemente a tal calificación prescripción.

La nulidad por falta de motivación del 62.1 invocada debe rechazarse de plano, pues ello en su caso sería una anulabilidad por incumplimiento de trámites con

indefensión del 63.2 de la Ley 30/1992, indefensión que no ha habido en ningún momento, pues se ha sabido desde el primer momento qué se denunciaba, por qué y la sanción imponible, habiéndose presentado diversos escritos en defensa de sus intereses.

SEGUNDO.- Como cuestión previa, cabe aclarar un hecho que al parecer desconocen ambas representaciones letradas, sin duda por el tamaño de las oficinas de los contendientes, y es que este mismo Juzgado ya se pronunció sobre las resoluciones que requerían el desmontaje de la antena, de 16-10-2007 y la confirmatoria de 18-12-2007, en concreto en el PO 89/2008, Sentencia de 27-11-2008, que ha devenido firme por no haber sido apelada.

De hecho, sus conclusiones deben de ser traídas a este procedimiento, en concreto en relación con la posibilidad de legalización. En dicha Sentencia se decía que como estaba pendiente de resolución la solicitud de licencia, había que entender que no se podía determinar si era o no legalizable, con lo cual no podía ordenarse la retirada. Así, se decía:

“SEGUNDO.- El art 197 LUA dice: “1. Si se hubiese concluido una obra sin licencia u orden de ejecución o contra las condiciones señaladas en las mismas, el Alcalde, dentro del plazo de prescripción de la correspondiente infracción urbanística, a contar desde la total terminación de las obras y previa la tramitación del oportuno expediente, adoptará alguno de los acuerdos establecidos en las letras a) o b) del artículo anterior, según proceda”, y a su vez, el art 196 establece que “b) Si las obras o los usos pudieran ser compatibles con la ordenación vigente, requerirá al interesado para que en el plazo de dos meses solicite la preceptiva licencia o su modificación, con apercibimiento de que, si así no lo hiciera, ordenará a costa del interesado la realización de los proyectos técnicos necesarios para que el Ayuntamiento pueda pronunciarse sobre la legalidad de la actuación afectada. En caso de no proceder la legalización, decretará la demolición, reconstrucción o cesación definitiva de la obra o del uso en la parte pertinente a costa del interesado”

En el caso presente, como consecuencia de la denuncia de 16 de abril de 2007, se libró informe de 22-5-2007 del Director de los Servicios de Planificación y Diseño del Ayuntamiento de Zaragoza en el que se indicó que la citada antena no estaba incluida en el Programa de Implantación aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de 27-7-2006, y que se debería de pedir tal inclusión. En ningún momento manifestó la imposibilidad inclusión en el Plan por razones de saturación o de cualquier otro tipo. No obstante ello, el Ayuntamiento no requirió a la recurrente de legalización. Sin embargo, con fecha 22-5-2007 se pidió la inclusión en el Programa de Implantación, expediente 90.588/2007, trámite que esta pendiente de resolver. El 18-7-2007, expediente 92.116/20 que también se halla pendiente de resolver. Estamos, pues, ante la situación que, prevista en el art 196 y 197 LUA, impide la orden de demolición, ya que no se sabe todavía si es legalizable, debiéndose hacer el mismo pronunciamiento que se ha hecho en otras ocasiones, como el PO 65/2002, ya que el Ayuntamiento debería de haber hecho el previo requerimiento de legalización. Aunque no lo hizo, y puesto que la intentó llevar a cabo la recurrente, deberá de esperar, antes de tomar una nueva decisión de demolición, a que se resuelvan los procedimientos sobre la inclusión en el Programa de Implantación y sobre la licencia de obra. Hasta que ello no tenga lugar, no es posible ordenar la retirada de la antena

Ahora bien, el que no pueda ordenarse por el momento la retirada o demolición, no supone que entre tanto pueda hacerse uso de dicha antena. En concreto, parece querer basarse la recurrente en el hecho de que el Anexo VII, punto d.9 excluye de la necesidad de licencia ambiental a las antenas de telecomunicaciones, pero una cosa es que tal antena, que habrá pasado por otro tipo de controles, como el Programa de Implantación, no necesite licencia de actividad medioambiental y otra que no precise la licencia de instalación ordinaria o que no la precise de obra, cuyas ausencias hace ilegal y clandestina la actividad. Ello hace que, igual que se puede cerrar un bar sin licencia aunque por el momento no pueda ordenarse la demolición de la construcción o acondicionamiento del mismo, si está en trámite de legalización, puede en este caso impedirse el ejercicio de la actividad,

y a tal fin se debe ratificar la referencia que se hizo a que se comunicaría a las empresas suministradoras de electricidad, gas o agua, a fin de que suspendiesen el suministro, debiendo de entenderse que no sólo había un requerimiento de retirada sino, por supuesto, de cese de la actividad.

Por todo lo anterior, procede anular la orden de retirada, pero no la orden, insita en aquella, a tenor de las referencias mencionadas, de suspensión del funcionamiento.”

Es decir, sigue sin saberse si es legalizable.

TERCERO.- Derivado de lo anterior, y como ya se dijo en el PO 140/2002, Sentencia de 16-12-2002: *“En cuanto a lo segundo, es claro que se ha denegado la licencia, con posterioridad a la sanción, pero también lo es que se ha recurrido ante el Juzgado nº 3, en P 456/2001, cosa no negada por el Ayuntamiento, no habiéndose resuelto de forma definitiva el recurso, por lo que, en principio, por aplicación del principio del “in dubio pro reo”, que ha trascendido del Derecho Penal para pasar al Derecho Administrativo Sancionador, debe de aplicarse, al desconocerse si será o no legalizable, pues aún no es definitiva la resolución que denegó la licencia, el art. 203.b de la LUA, como sanción leve, al ser la norma más favorable.”*

Por tanto, la sanción era leve.

CUARTO.- Con relación a la prescripción, hay que considerar que la infracción es del art. 203.b, lo que la reduce a un año, art. 209.

Alega el Ayuntamiento que se trata de una actividad continuada y que por ello no prescribe, pero no es así, pues se sanciona “la realización de actos de edificación o uso del suelo y del subsuelo sin licencia”. Ello supone claramente, al no incluirse el suelo, que no se sanciona la mera actividad de uso de la instalación indebidamente realizada o de la edificación indebidamente construida, sino que cuando se hace referencia al uso se refiere al uso transformador del suelo del subsuelo. Es decir, se podría aplicar tal criterio a una extracción de áridos, en cuanto se hace un uso del suelo y del subsuelo permanente que lo transforma, pero no a la utilización de una vivienda que se transforma sin licencia en un local o al uso de una instalación de telecomunicaciones que se llevó a cabo sin licencia, pues lo que es la transformación del suelo o de lo construido ya ha cesado.

Por todo ello, acreditado que ya en 14-11-2005 se contrató el suministro eléctrico de la antena, lo que significa que ya estaba acabada desde hacía más de un año hasta que se hizo la denuncia, 16-4-2007, de la que se tuvo noticia más tarde.

En consecuencia, procede anular la resolución recurrida.

QUINTO.- No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Que estimando en su totalidad el recurso interpuesto por V.E., S.A. contra el acuerdo del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 7-5-2008 que confirmó en resolución de recurso de reposición la de 4-3-2008 por la que se había impuesto a la recurrente una sanción de 30.000 euros por la comisión de una infracción del art 204.b LUA consistente en instalar una antena de telefonía móvil en la calle Pedro Bernuz 7, sin estar incluida en el Programa de Implantación y careciendo de licencia, debo anular y anulo la misma, dejando sin efecto la sanción.

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