
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 289/2001. Sección B/M
Sentencia nº 133 (02-09-2002)

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

INSTALACIÓN SIN LICENCIA. ESTACIÓN BASE DE TELEFONÍA MÓVIL.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En Zaragoza, a dos de septiembre de dos mil dos.

D. Javier Albar García, Magistrado-Juez de Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Procedimiento Ordinario 289 /2001 – Sección B/M seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente A. M., S.A., representada por la Procuradora Sra. C. I. y de otra AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representada por el Procurador Sr. P. A. sobre Sanción Urbanística de 500.001.– pesetas, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.– Que mediante escrito de fecha 17-12-01 se interpuso por A. M., S.A. recurso contencioso-Administrativo contra la siguiente actuación:

Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 31 de octubre de 2001 recaído en el expediente sancionador nº 3.668.082/2000 por el cual se acordaba la imposición a la recurrente de una sanción urbanística de importe de 500.001.– ptas. por la instalación sin licencia de una Estación Base de Telefonía Móvil en la Avda. César Augusto, de Zaragoza.

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 16-04-02 se acordó fijar la cuantía del recurso en 3.005,07 euros.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— Se recurre la resolución de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza de 31-10-2001 que impuso a la recurrente una sanción de 500.001 pesetas por haber instalado una antena de telefonía móvil en Avenida César Augusto sin contar con licencia.

Se alega que se había obtenido la licencia por silencio positivo, subsidiariamente que la instalación es legalizable con base en el art. 3.1.13 del PGOU anterior, vigente en el momento de pedirse la licencia, el 13-2-1996 y de llevarse a cabo la instalación, pocos meses después; finalmente, que habría prescrito el hecho, al haber transcurrido más de cuatro años.

SEGUNDO.— En cuanto a la pretensión de que se concedió la licencia por silencio positivo, hay que tener en cuenta que no es aplicable, en el momento de pedirse la licencia, la Ley Urbanística de Aragón, ya que la licencia se solicitó el 26-2-1996 con lo que, como la ley entró en vigor el 7-4-1999, no le es de aplicación en los aspectos formales o de tramitación a los procedimientos iniciados con anterioridad, al no haberse establecido norma alguna que regulase la transitoriedad y por aplicación del principio genérico de irretroactividad de las leyes, contenido en el art. 2.3 del Código Civil. La normativa aplicable es, en cuanto a los trámites, y más en concreto en cuanto a la regulación del silencio el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, la ley del Suelo de 1976 y sus reglamentos, en concreto el de Gestión, y la ley 30/1992 según redacción anterior a la ley 4/1999, pues ésta prevé en la DT 2ª que se aplicará la ley anterior a los procedimientos ya en tramitación. En lo que sí es aplicable la LUA, obviamente, desde un principio, salvo en lo expresamente regulado en sus transitorias, es en la atribución de competencias y en el contenido sustantivo de la ley, en cuanto a la entrada en vigor siempre afecta a la concesión de derechos y a la atribución de competencias.

El 178 de la ley del Suelo citada se remite a la normativa local, estando los plazos en el art. 9.1.5 y 9.1.7.c) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, por lo que al tratarse de una obra menor, se habría producido el silencio positivo al cabo de un mes. Sin embargo, debe de tenerse en cuenta que el efecto del silencio no era, hasta la ley 4/1999, automático, ya que se exigía, art. 44, el certificado de actos presuntos, que debía de emitir la Administración en el plazo de 20 días, a menos que en dicho plazo resolviese, sin que en este caso se llevase a cabo, optando por esperar a la resolución expresa. En consecuencia, la recurrente no había obtenido licencia por silencio positivo en el momento en el que realizó la obra, que según la recurrente y según los denunciante tuvo lugar en 1998, precisando la primera que fue en diciembre de 1998, todo ello al margen de la cuestión de si era o no preciso solicitar la licencia conforme al RAMINP, en la cual ya no es preciso entrar. En consecuencia, y con independencia de que se trate de un servicio público, cosa en la que se insiste por la recurrente, la realidad es que se llevó a cabo la obra sin licencia, con lo cual ya se habría incurrido en una infracción.

TERCERO.– En relación con la tipificación, se plantean dos problemas, el primero es el de la norma aplicable y el segundo el alegado por el recurrente de la posibilidad de legalizar la obra conforme al punto 3.1.13 del PGOU de 1986, vigente en el momento en que se denunció el hecho y cuando se cometió el mismo.

En cuanto a lo primero, resulta que la norma aplicable no sería, en principio, la LUA, sino el TR de la ley del Suelo, cuyo art. 225 y siguientes remiten al Reglamento de Disciplina Urbanística. En el mismo, en su art. 90 se distingue, respecto a la infracción consistente en construir, edificar o instalar sin permiso, según sea legalizable, en cuyo caso la sanción aplicable es del 1 al 5% del valor de la edificación, en este caso de la estación de telefonía móvil, o no lo sea, en cuyo caso se remite a las normas generales, cuyo art. 80 establece una sanción del 10 al 20% del valor, con lo cual habrá de concretarse al final si, pese a haberse cometido bajo la vigencia del TR de 1976, es aplicable la LUA por el principio de aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable. Al estar ante unas sanciones que varían en cantidad según sean o no graves, sólo se podrá establecer la comparación sobre la norma más favorable después de ver si es o no legalizable la obra.

En cuanto a si es o no legalizable la obra, debe de tenerse en cuenta que la referencia no es la actualidad, sino el momento en que se llevó a cabo la misma, ya que la razón de que la sanción sea mucho más leve cuando es legalizable que cuando no es se debe a que si es legalizable la infracción pasa a ser prácticamente formal, por no haber cumplido con las exigencias administrativas de tramitación, habiéndose hecho un uso del suelo o del vuelo que, de haber cumplido con las prescripciones formales, habría sido plenamente legal y por tanto se habría ejercido un derecho, mientras que cuando no es legalizable se está obteniendo un uso prohibido por la norma, es decir, se toma lo que no se posee ni se puede poseer, con lo cual hay una infracción sustantiva, de fondo. Por ello, es indiferente que posteriormente, por cambios normativos, la obra o instalación inicialmente ilegalizable pase a ser legalizable, pues ello no alterará la inicial gravedad que implica realizar una obra que, cuando se hace, se sabe o debe saber que no será legalizable. Ello quiere decir que sólo se va a examinar, a tal efecto, la norma vigente al hacerse la obra, el PGOU de 1986, y no las posibles variaciones que haya podido haber en el nuevo PGOU de 2001.

CUARTO.– A este respecto, la recurrente se apoya en la norma 3.1.13, que dice que no se consideran incluidos en la altura máxima los elementos funcionales propios de las instalaciones de un edificio como depósitos de agua, refrigeradores, paneles solares, etc., con un máximo de 3 m. y sin que excedan de un plano inclinado de 45° trazado por el borde del alero. Pues bien, por muy flexible que se pueda ser en la interpretación de tales normas no puede admitirse la interpretación según la cual se incluirían las estaciones de telefonía móvil, que incluyen una antena, ya que las mismas tienen por objeto servir al público en general, como se reconoce en el punto 2 del proyecto, con inde-

pendencia de que alguno de los vecinos pueda beneficiarse de la misma, si tiene contratado un teléfono móvil con la compañía recurrente, ya que esto último será circunstancial y no en la medida en que sea vecino sino en la medida en que esté en las inmediaciones de la antena. Es decir, no sólo no entra en el mencionado concepto, sino que el examen de los ejemplos de la norma ya pone de relieve que son todos elementos necesarios o auxiliares de la vivienda, precisos para el cumplimiento de sus fines y destinados en exclusiva al servicio de sus moradores. Por otro lado, la antena es claro que sobrepasa el máximo de tres metros, al ser 3,3 metros aunque no lo sobrepase la caseta, según resulta del punto 4 del proyecto de instalación, y en el 3.1.13.1 no se distingue según se trate de espacios cerrados o casetas o se trate de antenas o mástiles de otro tipo, haciéndose referencia precisamente a paneles solares, que tienen cierto parecido, al no ser espacios cerrados, con las antenas.

En consecuencia, al realizarse la obra no era legalizable, por lo que se incurrió en una infracción de uso de instalación sin licencia de un elemento no legalizable.

QUINTO.— En cuanto a la norma aplicable, ya se ha dicho que el acto se cometió a mediados de 1997, pues en el 14-7-97 se inició el suministro eléctrico, antes de que entrase en vigor la LUA 5/1999 de 25 de marzo, por lo que debe de aplicarse ésta última sólo si resulta ser más favorable. Según la LUA, la infracción, art. 204.b, es grave y se sanciona con multa de 500.001 pesetas a cinco millones, mientras que, con arreglo al Reglamento de Disciplina Urbanística, según se ha visto, la sanción es del 10 al 20% del valor de la obra. Como la obra estaba presupuestada en 2.100.000 pesetas, según el informe visado por el Colegio de Ingenieros Industriales el 26-2-1997 que obra en folio 62 y siguientes y como se ha aplicado la sanción en grado mínimo, está claro que la norma más favorable era la anterior, al poder ir de 210.000 a 420.000 pesetas, por lo que debe de ser aplicada, en virtud del principio de legalidad, aplicable en todo caso en el supuesto de sanciones.

SEXTO.— En cuanto a la prescripción, el plazo aplicable es el del art. 230 del TR de la Ley del Suelo de 1976, según redacción dada por el RDL 16/1981 de 16-10, que la fijó en cuatro años.

Para ver si se cumplió dicho plazo hay que atender en primer lugar al momento de construcción, no de la solicitud de licencia —que según folio 2 del tomo 2 se pidió el 26-2-1997— constatándose que la estación funciona, según el informe de E. desde, por lo menos, julio de 1997, siendo esa la única fecha de referencia acreditada, ya que ni la propia recurrente, cuando dice que se realizó a los pocos meses, aporta dato alguno. Sin embargo, y antes de que prescribiese la infracción, se notificó la incoación del expediente sancionador, el 15-6-2001, folio 7, por lo que no habían transcurrido los cuatro años.

En cuanto a la cuantía de la sanción, al aplicarse el TR de la ley del suelo de 1976, y con independencia de que no se haya planteado la desproporción en la sanción de la demanda, tal y como se hizo en el PO 450/1999 y, en coherencia con la valoración de la gravedad hecha por el Ayuntamiento, que fue

el grado mínimo, debe fijarse la sanción en 210.000 pesetas, el 10% del valor de la obra.

SÉPTIMO.– No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, al no haberse apreciado temeridad o mala fe en el recurso, conforme al art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso interpuesto por A. M., S.A. contra la resolución de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza de 31-10-2001 que impuso a la recurrente una sanción de 500.001 pesetas por haber instalado una antena de telefonía móvil en Avenida Cesar Augusto, sin contar con licencia, acordó reducir la sanción impuesta a 210.000 pesetas, 1.262,12 euros, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso.

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