
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 3 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 18/2003-BG. Sentencia nº 316 (13-11-2003)

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

SANCIÓN URBANÍSTICA. INSTALACIÓN DE ESTACIÓN BASE DE TELEFONÍA MÓVIL.

Infracción Urbanística grave: instalación sin licencia.

Antecedentes: requerimiento de Proyecto de implantación no cumplimentado.

Normativa: Plan General y Ordenanza Municipal específica y competente.

Resoluciones ajustadas a derecho: calificación y plazos.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José Tello Abadía

En la ciudad de Zaragoza, a trece de noviembre de dos mil tres.

Vistos por mí, D. José Alfonso Tello Abadía, Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de los de Zaragoza, los presentes autos de procedimiento ordinario nº 18/03, seguidos a instancia de T.M.E., S.A. representada por la procuradora D^a R.A. y asistido del Letrado D. F.B.G. contra la resolución de 18/10/2002 de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza por la que se imponía una sanción de 3.005,07 € por infracción urbanística grave, resultan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de enero de 2003 fue turnado a este Juzgado procedente del Juzgado Decano de los de esta ciudad, escrito interponiendo recurso contencioso-administrativo contra la resolución arriba indicada. Tras subsanar los defectos observados, mediante proveído de fecha 24 de enero de 2003, se tuvo por interpuesto dicho recurso y se reclamó el expediente administrativo a la Administración demandada. Recibido con fecha 6 de marzo de 2003 se dio traslado a la demandante que con fecha 2 de abril de 2003 presentó demanda, suplicando del Juzgado una Sentencia por la que se declare nula la resolución impugnada.

Mediante resolución de 4 de abril de 2003 se tuvo por evacuado el trámite y se dio traslado a la defensa de la Administración para que contestase la demanda, evacuando dicho trámite mediante escrito presentado a 6 de mayo de 2003 solicitando una Sentencia desestimatoria del recurso interpuesto de contrario. Mediante auto de fecha 8 de mayo de 2003 se fijó la cuantía del presente procedimiento y se abrió el recurso a prueba, practicándose las admitidas a las partes según el resultado que obra en autos.

Con fecha 18 de junio de 2003 se declaró concluso el periodo probatorio y mediante resolución de 17 de julio de 2003 quedó el recurso para sentencia.

SEGUNDO.- En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y prescripciones legales y su cuantía es de 3.005,07 €

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo la sanción de contenido económico impuesta a la entidad actora como consecuencia de la existencia de una infracción urbanística derivada de la instalación de una E.B.T.M. en la calle Don Jaime I, de esta Ciudad de Zaragoza, sin disponer de la correspondiente licencia. Los motivos que se oponen por la entidad actora son: error en la calificación jurídica de los hechos, pues deberían haberse considerado como una infracción leve, y ello tanto por tratarse de obras susceptibles de legalización, como por la escasa entidad de la obra. Consecuencia

de considerar la infracción como leve es la existencia de un plazo de prescripción más breve, y por ello habría transcurrido el plazo de prescripción de la acción para sancionar previsto para las infracciones leves, como la que aquí nos ocupa. En último lugar señalaba que debería haberse procedido a la suspensión del procedimiento sancionador hasta tanto se resolviese sobre la licencia solicitada.

Un elemento importante que deberá tenerse en cuenta para resolver las dos primeras cuestiones planteadas es que por este mismo Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de los de Zaragoza, en el Procedimiento Ordinario nº 203/02 dictó sentencia resolviendo la impugnación formulada por la misma entidad que hoy demanda contra la denegación de la licencia interesada para la instalación de una estación base de telefonía móvil en la C/ Don Jaime I, de esta Ciudad de Zaragoza, cuyo contenido de la sentencia, como conocen las partes, fue desestimatorio al confirmar la actuación administrativa. Se decía en la citada sentencia:

Deberá comenzarse haciendo un examen del expediente administrativo, del que resulta: que la solicitud de licencia de obras se presenta en fecha 24/04/2001, tras subsanar la omisión de determinada documentación. El Servicio de Intervención Urbanística se emitió un informe técnico en fecha 13/07/2001, en el que se indicaba la necesidad de presentar Proyecto de Implantación. Posteriormente con fecha 2/08/2001 la Sección Jurídica de Proyectos de Edificación emitió informe en el que entendía de aplicación al caso la Ordenanza aprobada en fecha 30/05/2001, del que se dio traslado a la parte con fecha 24/08/2001 para alegaciones, limitándose la actora a solicitar ampliación del plazo concedido para alegaciones. Posteriormente la Comisión de Gobierno resolvió denegar la solicitud de licencia con fecha 30/11/2001, después confirmada tras interponerse recurso de reposición que aquí nos ocupa.

En este período de tiempo, había sido aprobado el Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza de 2001, que la parte entiende de aplicación al caso. Pues bien, para resolver la cuestión debe tenerse en cuenta que el Plan de 2001, no impide ni prohíbe por sí la existencia de antenas correspondientes a estaciones base de telefonía móvil en la parte superior de los edificios, sino que el art. 2.2.22.3 remite a las Ordenanzas específicas y más precisamente a la Ordenanza de 30/05/2001. El debate se centra pues en la aplicación de esta última, se trata de una controversia referida a una norma jurídica y a su interpretación, que como tal, necesariamente debe ser conocida por el ciudadano y especialmente por la recurrente, una gran compañía con unos estupendos profesionales a su servicio. Pero no sólo esto, sino que además fue conocida necesariamente por la actora, pues como dice en el escrito de demanda interpuso recurso directo contra la citada Ordenanza, siguiéndose el recurso nº 667/01, que se sigue ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Recurso que dada la fecha de publicación de la Ordenanza 21/06/2001, debió interponerse necesariamente antes del dictado de la resolución que aquí nos ocupa.

De manera que la actora conocía perfectamente, hasta el punto que los había impugnado, los cambios normativos que se habían producido y que eran de directa aplicación para resolver la solicitud formulada, por lo que pudo efectuar las alegaciones que estimase conveniente.

SEGUNDO.- Como se ha dicho más arriba, en el PGOU de 2001 se regulan, en el art. 2.2.22, las construcciones que se admiten por encima de la altura máxima, y en lo que aquí nos interesa dice: “Sobre la altura máxima se permitirán también estructuras funcionales propias del edificio tales como pararrayos o antenas colectivas, las estructuras superpuestas ajenas a la función propia del edificio, como antenas o repetidores de comunicaciones, rótulos, logotipos, publicidad y otros análogos que no formen parte de la estructura portante ni de las instalaciones del edificio, solamente se admitirán en casos puntuales debidamente justificado y con sujeción a los criterios establecidos en las

normas de ornato público, las ordenanzas municipales y en su caso las normas sectoriales que sean de aplicación.”

El Plan parte del principio de prohibición de aquellas estructuras que superen la altura máxima del edificio, previéndose en el precepto transcrito las excepciones a la norma general. De manera que tratándose de una antena o repetidor que es ajeno a la función del edificio, dichas instalaciones no pueden entenderse incluidas entre las estructuras funcionales propias del edificio. Por ello, para que proceda la autorización de una antena o repetidor, tal y como se ha visto más arriba es preciso: que se trate de casos puntualmente justificados; sujeción a los criterios establecidos en las normas de ornato público; a las ordenanzas municipales y a las normas sectoriales aplicables. De manera que la aprobación requiere un examen puntual y concreto de la petición de que se trate al ser una excepción a la norma general.

La resolución dictada por el Ayuntamiento se funda para desestimar la solicitud de licencia, en la inadecuación a lo dispuesto en el art. 2.2.22.3 del PGOU de 2001, y en la inexistencia del Programa de Implantación que prevé el art. 4.1 de la Ordenanza que contemple el conjunto de toda la red dentro del término municipal, a presentar por cada operador con justificación de la solución propuesta con criterios técnicos de cobertura geográfica, a lo que suma la necesidad de obtener licencia de actividad clasificada.

Respecto del segundo de los motivos, que es el atacado por la recurrente, lo funda en que se ha producido una invasión de competencias del Estado. Al respecto debe darse aquí por reproducida la fundamentación ofrecida en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso nº 1 de esta Ciudad de fecha 2/9/2001, Procedimiento Ordinario 279/01. Asumida por este Juzgado ya en reiteradas sentencias, entre las que pueden citarse como más recientes las de fecha: 12; 17 y 24/09; 15; 21 y 28/10/02 dictadas en los Procedimientos Ordinarios número 4, 7, 5, 32, 33 y 34/2002 seguidos ante este Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3, no habiéndose aportado por la hoy actora argumentos nuevos que justifiquen una modificación del criterio asumido y así se viene reiterando:

«La recurrente alega que invade las competencias del Estado, pero ello debe rechazarse en términos genéricos, ya que la misma tiene el loable fin de ordenar urbanísticamente la implantación de estas estructuras, que a la vez que sirven a un fin público implican servidumbres estéticas, limitaciones para otro tipo de instalaciones y tal vez efectos nocivos, además de superar normalmente, por la naturaleza de su finalidad, que exige que estén situadas en lo alto, las alturas máximas permitidas de los edificios. No se puede negar con un mínimo fundamento la finalidad urbanística de la Ordenanza, al margen de que se hayan podido incluir algunos preceptos que tal vez excedan de las atribuciones competenciales del Ayuntamiento, cosa de la que la propia Ordenanza, nacida en la urgencia de regular la cuestión de alguna manera por la alarma social que un conocido caso de Valladolid había suscitado, era consciente en su artículo primero, al hacer una innecesaria referencia a que la Ordenanza quedaba supeditada al cumplimiento de la legislación vigente en cada momento, incluso en el caso de establecerse nueva normativa, con lo cual aunque recordaba innecesariamente los principios de jerarquía de las normas y de la derogación de una norma por otra posterior, en el fondo venía con ello a justificar su nacimiento y a manifestar su limitado alcance. De hecho, se adelantó a la normativa estatal, el R.D. 1.066/2001 de 28 de septiembre, el cual deja sin efecto toda norma que, fuera del ámbito estrictamente competencial del Ayuntamiento, lo contradiga. Frente a la argumentación de que el Ayuntamiento no puede establecer regulación, debe argumentarse, como lo hace el Ayuntamiento, con las STC 4/1981, 214/1989, 233/1999, que reconocen la potestad reglamentaria en los ámbitos de interés local y en este caso se rompe la exigencia de que el reglamento sea desarrollo de la Ley para ser válido ya que lo determinante en este caso es que se emita dentro de su propia competencia, que sería la urbanística y que no la contradiga. Por ello, la habilitación para ello no viene de una norma sectorial, sino de los art. 4.1.a) y 21.1.c) y d) de la Ley 7/85 de Bases de Régimen Local,

reconociendo el primero de ellos la potestad reglamentaria dentro de la esfera de sus competencias, en este caso el Planeamiento, según el 21.l.c).

En cuanto a la impugnación de concretos preceptos de la Ordenanza, realmente sólo se han cuestionado los 4.3.a), 4.3.e) y 5.2, para lo cual ha solicitado el auxilio interpretativo del Ministerio de Ciencia y Tecnología. Al margen de que en ninguno de ellos se fundamenta la resolución recurrida, por lo que resulta inocuo todo razonamiento al respecto ya que en su caso afectarán al contenido del Programa de Implantación, una vez el mismo se presente y deba de aprobarse, la realidad es que el 4.3.a) nada concreto dice que pueda invadir las competencias, como ha reconocido el informe del citado Ministerio, al prohibir la instalación cuando pueda perjudicar a la salud -lo esencial será en su momento determinar cuándo se puede considerar que afecta a la salud- correspondiendo al Ayuntamiento la protección de la cuestión medio ambiental y de respeto al entorno.

En cuanto al 4.3.e) y 5.2, si que podrían incidir, aunque no nos pronunciamos al respecto, en las competencias del Estado, pero eso se verá en su momento, en caso de que se presente el programa de actuación, se rechace y se recurra, debiendo de recordarse que la propia Ordenanza ya hacía referencia a la posible afectación por normativa posterior y no habiendo hecho el Ayuntamiento cuestión de esto.

No puede dejar de reseñarse en este punto que la conformidad a derecho de la necesidad de un previo Programa de Implantación ha sido estudiada en un supuesto extremadamente análogo al presente, la aprobación de una Ordenanza sobre la instalación de antenas por el Ayuntamiento de Barcelona, por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de junio de 2001 (ED 2001/31729), -reseñada en la contestación a la demanda-, en la que entre otras cosas se señala: que la Administración Local es competente para la aprobación de este tipo de normativa que no contradice otras competencias estatales. Que el Ayuntamiento con este tipo de Ordenanza ejerce sus competencias urbanísticas. Que la exigencia de un Plan Técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil (aquí Programa de Actuación) se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales urbanísticos y de medio. Medida en absoluto desproporcionada. Que el hecho de que el otorgamiento de las licencias de la instalación de las antenas exteriores esté vinculada (como aquí ocurre) a la previa aprobación del Plan Técnico constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia. También desecha el Tribunal Supremo que con este tipo de regulación se establezca un régimen discrecional, que conlleve inseguridad jurídica.

Por último y contestando igualmente a las alegaciones efectuadas en el presente recurso entiende el Tribunal Supremo que no se vulnera el principio de irretroactividad de los Reglamentos ilegales, al establecer este tipo de regulación. Alude a que aunque resultan ineficaces, con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1999), de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que arranca de la Sentencia 6/1983, de 4 de febrero y se recoge en la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1994, 22 de junio de 1994, 5 de febrero de 1996 y 15 de abril de 1997), ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo -cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no-; una retroactividad de grado medio -cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados- y una retroactividad de grado mínimo -cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior-. Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional

y por el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (Sentencias del Tribunal Constitucional 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997 entre otras y sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997 y 17 de mayo de 1999, entre otras muchas). Como se ve en este caso la retroactividad sería de grado mínimo, pues evidentemente no afecta a las licencias ya concedidas, que no es el caso.

De todo lo razonado se deduce que la resolución es ajustada a derecho, al haber respetado el PGOU, que exige el cumplimiento de la Ordenanza específica, la cual a la vez exige que se apruebe el Programa de Implantación, que en ningún caso se ha aportado.»

Motivación que como se ha anticipado más arriba debe ser mantenida y ratificada en este momento, reiterando que la denegación ha sido por motivos únicamente urbanísticos, pues la resolución impugnada no se basa en otros, por lo que no se aprecia la extralimitación de competencias que denuncia la actora en su escrito de demanda.

De manera que procede la desestimación del recurso del entender que la resolución impugnada se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico.

Se resolvía en la sentencia que no procedía otorgar la licencia al menos hasta que no se presentase el correspondiente programa de implantación, por lo que no puede compartirse la tesis de la demandante de que se trataba de una actuación susceptible de legalización, pues la instalación, mientras no se presente por la entidad actora el programa que le exige la Ordenanza, no puede considerarse susceptible de legalización. Tampoco puede considerarse que se trate de una actuación de escasa entidad, y ello tanto por la apariencia de su existencia a simple vista, como por la trascendencia y la preocupación social que instalaciones de este tipo han generado, que además, como se ha visto vulnera frontalmente las disposiciones del PGOU, al menos en la situación actual

TERCERO.- Consecuencia de lo anterior, es la consideración de la infracción como grave, y por tanto que los plazos de prescripción de la acción para sancionar no serán los que señala la actora, sino que deberá estarse a los plazos de caducidad que prevé el art. 209.1 de la Ley 5/1999, es decir de cuatro años, y no de un año como propone la actora.

No procederá tampoco acceder a la pretensión de suspensión de la sanción, por cuanto, nada justifica que quede en suspenso la misma por razón del recurso de apelación interpuesto por la misma demandante contra la sentencia antes transcrita, pues se trata de situaciones distintas, aunque si bien estarán relacionadas, la eventual estimación del recurso de apelación podrá tener su incidencia en la sanción que se impone, pero teniendo en cuenta el carácter pecuniario de la misma, se trata de un perjuicio, que de llegar a producirse, es sencillamente reparable.

CUARTO.- No se aprecian motivos que justifiquen la imposición de costas procesales a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por T.M.E., S.A. contra la resolución de 18/10/2002 de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Zaragoza por la que se imponía sanción de 3.005,07 € por infracción urbanística grave por estar la actividad administrativa ajustada al ordenamiento jurídico.

SEGUNDO.- No imponer las costas procesales a ninguna de las partes.

Así por esta mi sentencia que es firme, y contra la que no puede interponerse recurso ordinario alguno lo pronuncio, mando y firmo.