

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 VIGO

SENTENCIA: 00170/2021

-

Modelo: N11600
LALÍN, 4-5ª PLANTA (EDIFICIO ANEXO)
Teléfono: 986 81 74 40 Fax: 986 81 74 42
Correo electrónico:
Equipo/usuario: PA

N.I.G: 36057 45 3 2019 0000690
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000377 /2019 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª:
Abogado: RUBEN NOGUEIRA MARTINEZ, RUBEN NOGUEIRA MARTINEZ
Procurador D./Dª: LUIS RAMON VALDES ALBILLO, LUIS RAMON VALDES ALBILLO
Contra D./Dª CONCELLO DE VIGO, ORANGE ESPAGNE S.A.U. , TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U.
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO, JOSE LUIS PEREZ-CAMPOAMOR OREJAS , MARIA RAMOS PEREZ CRESPO
Procurador D./Dª MARIA JESUS NOGUEIRA FOS, , MARIA MERCEDES PEREZ CRESPO

SENTENCIA Nº 170/2021

En Vigo, a siete de septiembre de dos mil veintiuno.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. LUIS-ÁNGEL FERNÁNDEZ BARRIO, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Vigo los presentes autos de Procedimiento Ordinario, seguidos con el número 377/2019, a instancia de _____ y _____, representados por el Procurador Sr. Valdés Albillo bajo la dirección técnica del Letrado Sr. Nogueira Martínez, frente al CONCELLO DE VIGO, representado por la Procuradora Sra. Nogueira Fos y defendido por el Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos; con intervención de “TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U.” (representada por la Procuradora Sra. Pérez Crespo con la defensa de la Letrado Sra. Pérez Crespo) y de “ORANGE ESPAGNE S.A.U.” (representada por el Letrado Sr. Pérez-Campoamor Orejas); con el siguiente objeto:

Desestimación por silencio administrativo de las denuncias presentadas por los ahora demandantes ante el Concello de Vigo frente a las obras de instalación y actividad radioeléctrica situadas en el edificio nº 8 de c/ Isaac Peral, sin título habilitante e incumpliendo la Ordenanza municipal reguladora de las condiciones urbanísticas de localización, instalación y funcionamiento de los elementos y equipos de telecomunicación en el término municipal de Vigo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- De la oficina de reparto del Decanato de los Juzgados de Vigo, se turnó a este Juzgado escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra la indicada resolución ficticia.

SEGUNDO.- Admitido a trámite, se acordó sustanciarlo por los trámites del recurso ordinario.

Recabado el expediente administrativo, se formalizó el escrito de demanda, que finalizaba suplicando se dictase sentencia por la que se declare no ajustado a Derecho el silencio administrativo objeto de recurso y se condene al Concello de Vigo a adoptar de inmediato las medidas necesarias para la paralización de las instalaciones y actividad denunciada (establecidas en el art. 152.2 LSG), a resolver en el tiempo legalmente establecido o en que se fije en sentencia el procedimiento de reposición de la legalidad urbanística frente a las instalaciones y usos denunciados (que a la fecha de la demanda ya se ha iniciado), y a iniciar, tramitar y resolver en tiempo y forma procedimiento sancionador frente a las personas responsables de las infracciones urbanísticas denunciadas; con imposición de costas a las partes que se opongan a la demanda.

Por parte de la representación del Concello se contestó en forma de oposición, instando la inadmisibilidad o, subsidiariamente, la desestimación de la demanda.

Ninguna de las personas jurídicas emplazadas contestó a la demanda.

Una vez fijada la cuantía del pleito en indeterminada, se declaró pertinente la documental ya aportada por las partes y se abrió trámite de conclusiones, presentando respectivos escritos las partes citadas en el encabezamiento.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Del objeto del pleito

Constituía el objeto originario del pleito la desestimación, por silencio administrativo, de la petición efectuada por los demandantes a fin de que el Concello de Vigo procediera a instruir y resolver expediente de restauración de la legalidad urbanística en relación con una estación de telefonía móvil instalada en la cubierta del edificio nº 8 de c/ Isaac Peral de esta ciudad.

Tras la presentación del escrito de interposición del recurso contencioso y antes de formalizarse el escrito de demanda, la Administración demandada resolvió la incoación del citado expediente, el 17 de enero de 2020.

Este equipo de telefonía móvil consta instalado allí al menos desde agosto de 1999.

El 28 de junio de 2017, la empresa On Tower S.A. presentó una declaración responsable, acompañada de un proyecto técnico, para la legalización de ese centro de comunicaciones, dando lugar al expediente 449402/422, en cuyo seno el ingeniero industrial municipal alertó sobre dos fundamentales deficiencias: de un lado, la insuficiencia del cauce elegido, pues se requería comunicación previa, no una mera declaración responsable; de otro, la falta de aportación de documentos esenciales, tales

como la autorización ministerial del proyecto o la justificación del cumplimiento de las condiciones urbanísticas de localización (retranqueos, altura, localización).

El 23 de abril de 2018 se presentó por la citada mercantil comunicación previa para dicha legalización, a la que adjuntaba distinta documentación que, examinada por el ingeniero técnico industrial municipal, fue informada desfavorablemente, por lo siguiente:

-La estación base no se ajusta a lo establecido en el art. 8.c de la Ordenanza municipal reguladora de las condiciones urbanísticas de localización, instalación y funcionamiento de los elementos y equipos de telecomunicación en el término municipal de Vigo (publicada en el BOP de 5.4.2001) porque la caseta que alberga los equipos vinculados al funcionamiento de la estación base y la unidad de ventilación/climatización se sitúan sobre el casetón de cubierta del edificio excediendo la envolvente máxima autorizable.

-No se presentan los planos de sección correspondientes a altura del mástil y elementos de soporte de las antenas, por lo que se desconoce su ajuste a lo establecido en el art. 6.c de la Ordenanza.

-No se garantiza que la unidad exterior ventilación/climatización cumpla el nivel sonoro máximo permitido.

-No consta la instalación de pararrayos.

Ese informe se notificó a la empresa el 28 de mayo de 2018, con la advertencia expresa de que la comunicación previa presentada no constituía título habilitante para el inicio de los actos sujetos a la misma.

Sin embargo, no presentó la documentación requerida, lo que motivó que la Xerencia Municipal de Urbanismo solicitase del Ministerio de Industria, Energía y Turismo la emisión de informe previo preceptivo (art. 35.5 de la Ley 9/2014) a la incoación de expediente de restauración de la legalidad urbanística y a ordenar el cese de la actividad de la estación base.

Ese informe no se emitió.

Como se ha indicado más arriba, el 17 de enero de 2020 (tras informe del arquitecto municipal que concluía el carácter no legalizable de la estación) se incoó el expediente, ciñendo su objeto al uso de la caseta existente en la cubierta del inmueble, destinada a albergar los equipos vinculados al funcionamiento de la estación base, así como la instalación, sobre esa caseta, de la unidad de ventilación/climatización excediendo la envolvente.

A pesar de haberse dictado esa resolución, en la demanda se insiste en la pertinencia de que se tramite el expediente en plazo, en que se adopten medidas de paralización de las obras y actividad y en que se incoe procedimiento sancionador.

En este punto, ha de consignarse que la empresa propietaria de las instalaciones, On Tower Telecom Infraestructuras S.A fue emplazada por el Concello de Vigo para que pudiera personarse en estos autos, recibiendo la comunicación el 6.2.2020, tal y como consta en el acuse de recibo unido al pleito.

Con relación a la comunidad de propietarios del inmueble, se estima irrelevante su falta de emplazamiento, pues la demanda postula una obligación de hacer por parte del Concello de Vigo, y será dentro del expediente de restauración propiamente dicho -

y, eventualmente, en el sancionador- donde los interesados dispondrán de las oportunidades de alegación y prueba, sin perjuicio de la impugnación de su resultado, si a su Derecho conviniere.

SEGUNDO.- De la admisibilidad de la demanda

Siguiendo los postulados de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Galicia de 18.9.2020, la inacción administrativa por la falta de incoación de un expediente de reposición de la legalidad urbanística y un expediente sancionador, que es lo pretendido por los demandantes, no determina la existencia de una inactividad del artículo 29.1 de la LJCA 29/1998. Y ello porque ese tipo de actuación omisiva contra la que se dirige el recurso contencioso-administrativo no reúne los caracteres propios del concepto "inactividad", entendida en el sentido técnico y estricto, definido en el art. 29 de esa Ley.

De los diversos tipos de actuación administrativa contra la que se puede dirigir el recurso contencioso-administrativo (disposición de carácter general, actos expresos y presuntos, inactividad y actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho, conforme establece el artículo 25 de la LJCA, la actuación contra la que se dirigía el recurso contencioso-administrativo, que venía referido a una ausencia de incoación de un expediente de reposición de la legalidad y sancionador, no era una inactividad en el sentido estricto que dicho concepto tiene en el artículo 29, sino una desestimación por silencio de las denuncias urbanísticas interpuestas.

El restablecimiento de la legalidad urbanística no puede ser considerado "prestación en favor de una o varias personas determinadas" por su carácter universal y por tratarse del ejercicio de potestades administrativas de policía urbanística en defensa general de la legalidad.

Frente a la denuncia formulada en el ejercicio de esta acción pública, surge la obligación administrativa de responder (aún mediante un pronunciamiento de inadmisibilidad). Si no se da respuesta alguna, nace la posibilidad de impugnar la desestimación que tal falta de respuesta conlleva. Si, por el contrario, existe alguna respuesta administrativa, no podrá prescindirse en el recurso contencioso-administrativo de la misma, sino que habrá de ser expresamente identificada y criticada, por exigirlo así no ya el carácter revisor de esta jurisdicción sino la necesidad de satisfacer la propia acción pública confrontando lo actuado con la normativa urbanística.

Por ello, el recurso es admisible y los demandantes (denunciantes ante la Administración) gozan de legitimación activa.

De otro lado, la incoación del expediente no ha sido preterida en la demanda, sino que, partiendo precisamente de su existencia, se solicita que se resuelva en el plazo legalmente establecido; además, se queja de la falta de adopción de medidas cautelares y de que no se haya iniciado, coetáneamente, un expediente sancionador contra los responsables de la infracción.

TERCERO.- De la competencia municipal

Como línea de principio, ha de exponerse la aplicación de la normativa estatal (esencialmente, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones) no implica desapoderar a los municipios de las competencias que le son propias: la existencia de un reconocimiento de la competencia en una materia como exclusiva de la Administración del Estado no comporta, por sí misma, la imposibilidad de que en la materia puedan existir competencias cuya titularidad corresponda a los entes locales; los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones, en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ello no es obstáculo al derecho que lleva aparejada la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) de ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata. La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable.

En definitiva, la competencia estatal que, en materia de telecomunicaciones, se establece en el artículo 149.1.21º de la Constitución española, es compatible con la municipal para la gestión de sus propios intereses que señalan los artículos 137 y 140 de ese mismo texto.

En ese marco competencial se encuadra la incoación de expediente de restauración, por incumplirse aparentemente los presupuestos exigidos por los arts. 6 y 8 de la Ordenanza municipal, en materia estrictamente urbanística, así como por la reguladora de emisión de ruidos.

Apertura que podía efectuarse una vez que se había dado cumplimiento a lo establecido en el art. 35.5 Ley 9/2014, a cuyo tenor la tramitación por la administración pública competente de una medida cautelar que impida o paralice o de una resolución que deniegue la instalación de la infraestructura de red que cumpla los parámetros y requerimientos técnicos esenciales para garantizar el funcionamiento de las distintas redes y servicios de comunicaciones electrónicas establecidos en el apartado 4 del artículo anterior, excepto en edificaciones del patrimonio histórico-artístico, será objeto de previo informe preceptivo del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, que dispone del plazo máximo de un mes para su emisión y que será evacuado tras, en su caso, los intentos que procedan de encontrar una solución negociada con los órganos encargados de la tramitación de la citada medida o resolución.

Transcurrido dicho plazo, el informe se entenderá emitido con carácter favorable y podrá continuarse con la tramitación de la medida o resolución.

Con todo, se echa en falta la adopción de medidas cautelares, consistentes en la paralización del uso de estación base, por la carencia de autorización originaria (al menos, viene funcionando desde 1999 sin título municipal), por el apercibimiento que en tal sentido se efectuó a la empresa On Tower el 10 de agosto de 2017 y 28 de mayo

de 2018 y por la facultad otorgada por el art. 152.1 de la Ley 2/2016, del suelo de Galicia, que dispone que cuando se estuviera realizando algún acto de uso del suelo o del subsuelo sin el título habilitante exigible en cada caso o sin ajustarse a las condiciones señaladas en el mismo, la persona titular de la alcaldía dispondrá la suspensión inmediata de dichos actos y procederá a incoar el expediente de reposición de la legalidad, comunicándolo al interesado.

Aunque es verdad que del tenor del apartado quinto de la resolución parece desprenderse la imposición de una orden de paralización, también lo es que no aparece suficientemente nítido ese mandato, lo que determina que se estime en este punto la demanda.

De otro lado, es evidente que la Administración tiene la obligación de resolver el expediente en plazo, finalizando con alguna de las previsiones establecidas en el art. 152.3 del citado texto.

CUARTO.- De la incoación de expediente sancionador

Por lo que se refiere a la solicitud formulada tanto en vía administrativa como en esta vía judicial por los recurrentes para que la Administración municipal demandada incoara expediente sancionador contra los responsables de la infracción denunciada, no ha lugar hasta que concluya el expediente de restauración del que derive la constatación de infracción urbanística.

En este sentido, el art. 152.4 LSG señala que, con el acuerdo que ponga fin al expediente de reposición de la legalidad urbanística podrán adoptarse las medidas que se estimen precisas para garantizar la ejecutividad de la resolución, sin perjuicio de la imposición de las sanciones que procedan y de las facultades que correspondan a las autoridades competentes, en virtud del régimen específico de autorización o concesión a que estén sometidos determinados actos de edificación y uso del suelo.

Además, una vez finalizado ese procedimiento de restauración, la Administración debe realizar un análisis de las circunstancias de hecho e incoar el procedimiento si apreciase la existencia de infracción, como se hace antes de decidir la apertura de cualquier procedimiento sancionador.

Pero una incoación de expediente sancionador antes de proceder a la resolución del de restauración resultaría contraria al principio de culpabilidad.

Por eso, no se estima la pretensión tal y como venía explicitada en la demanda.

QUINTO.- De las costas procesales

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 139 LJCA, no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales, al estimarse en parte la demanda.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando como estimo en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por _____ y frente al CONCELLO DE VIGO, con intervención de “TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U.” y de “ORANGE ESPAGNE S.A.U.” seguido como PROCESO ORDINARIO número 377/2019 ante este Juzgado, contra la resolución presunta plasmada en el encabezamiento de esta sentencia, la declaro no conforme al ordenamiento jurídico.

Condeno al Concello de Vigo a tramitar y resolver en plazo el oportuno expediente de restauración de la legalidad urbanística con relación a la estación base de telefonía objeto de autos, así como a la adopción de las medidas coetáneas de cese de uso en tanto no se obtenga la legalización, si procediere ésta.

Finalizado ese procedimiento, si apreciase la existencia de infracción urbanística, tendrá la obligación también de incoar el correspondiente expediente sancionador.

No se efectúa expresa imposición de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme pues contra ella cabe interponer Recurso de apelación en el plazo de quince días, contado a partir del siguiente al de su notificación, del que conocerá la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de Galicia, previo depósito de la cantidad de 50 euros en la cuenta de consignaciones y depósitos de este Juzgado (obligación de la que está exenta la Administración).

Así, por esta Sentencia, definitivamente Juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la ha dictado, estando celebrando Audiencia Pública y ordinaria en el día de su fecha. Doy fe.-

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.