

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

ORDEN DE CLAUSURA. ESTACIÓN BASE DE TELEFONÍA MÓVIL.

Procedencia.

Ausencia de inclusión de la instalación en el Programa de Implantación.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En ZARAGOZA, a uno de Abril de dos mil once.

El Sr. D. JAVIER ALBAR GARCIA, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza y su partido, habiendo visto los presentes Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 327/2010-BI seguidos ante este Juzgado entre partes, de una como recurrente V.E.,S.A.U., representada por la Procuradora Doña P.C.I. bajo la dirección Letrada de Doña P.L.M., y de otra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA representado por la Procuradora Doña S.S.S. bajo la dirección Letrada de D. J.M.M., sobre: “Acuerdo adoptado por el Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 20 de julio de 2010, por el que se ordena la clausura de la Estación base de telefonía móvil sita en Aeropuerto, Carretera núm. 4 Centro Empresarial San Lamberto.”; y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha de 30 de Julio de 2010 se interpuso por la empresa V.E.,S.A.U., recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

“Acuerdo adoptado por el Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 20 de julio de 2010, por el que se ordena la clausura de la Estación base de telefonía móvil sita en Aeropuerto, Carretera núm. 4 Centro Empresarial San Lamberto.”

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 recibir 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. Y seguidamente se dio traslado a las demás partes Codemandadas personadas en Autos, las cuales evacuaron dicho traslado en tiempo y forma.

TERCERO.- Que mediante resoluciones de fecha 21 de Enero de 2011 se acordó fijar la cuantía del recurso en INDETERMINADA superior a 18.031 Euros; acordándose el recibimiento a prueba, practicándose las pruebas propuestas con el resultado que obra en Autos, acordándose el trámite de Conclusiones.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de Zaragoza de 20-7-2010 que ordenó la clausura de la Estación base de telefonía

móvil sita en Carretera del Aeropuerto, nº 4, Centro Empresarial San Lamberto.

Se alega que no se ha seguido el procedimiento establecido así como que se habría obtenido la licencia por silencio positivo, la cual a su vez habría contado con la inclusión por silencio positivo en el programa de implantación.

Se invoca desviación procesal en cuanto se recurre una clausura y se pretende una declaración de haber obtenido la licencia por silencio positivo, pero debe rechazarse, pues evidentemente, si se estima el recurso por haber licencia, deberá hacerse pronunciamiento expreso de tal circunstancia, pues sería la motivación del recurso.

SEGUNDO.- Como cuestión previa, debe aclararse que no estamos ante una orden de demolición, sino ante una orden de clausura de la actividad. Es decir, no se manda, de momento, retirar la antena, sino el cierre de la misma o cese del funcionamiento. De hecho, la normativa invocada son los Art. 84.1.b LBRL, 138 a 154 D 347/2002 de 19 -11 de la Diputación General de Aragón, 155 y 159 del mismo en relación con el 34 RAMINP y 193 y 194 de la Ley 7/1999 de Administración Local de Aragón. En concreto, en este caso la faltaría la licencia urbanística y de apertura, ya que, tras la Ley 7/2006 de 22 de junio de Protección Ambiental de Aragón, no precisa de licencia de actividad clasificada, Art 60.3 y Anexo VII.

En cuanto a la normativa invocada, hay que tener en cuenta que se produjo un cambio legislativo pues la Ley 3/2009 de Urbanismo de Aragón derogó la Ley 5/1999, habiendo entrado en vigor, en concreto, la nueva LUA 3/2009 de 17 de junio, que lo hizo, según su DF 10º, el 30 de septiembre, a los tres meses de su publicación, que había tenido lugar el 30 de junio. Como el Art. 237 prevé que se aplicará la Ley vigente en el momento de su resolución, es claro que tanto en cuanto a la resolución expresa, cuando la haya, como en cuanto a la hipotética licencia por silencio administrativo positivo, se le aplicará esta Ley.

En cuanto al procedimiento de clausura, se le debe aplicar la Ley vigente en el momento de incoarse el mismo, en 14-6-2010. Ciertamente es que ya estaba vigente la Ley 3/2009, pero no estamos ante una demolición del Art. 266 por restablecimiento de la legalidad, sino ante un cierre de la actividad.

TERCERO.- Dicho lo anterior, es obvio que no se ha incumplido lo relativo a la falta de requerimiento previo de legalización, el cual es necesario, según el 266 en relación al 265.1.b de la Ley 3/2009, para ordenar la demolición, pero no lo es, obviamente, para acordar el cierre de una actividad que carece de la correspondiente licencia. Así, si una actividad requiere una de las licencias de los artículos 229 y siguientes LUA 3/2009, no se puede ejercer mientras no se tenga la licencia, obtenida conforme a lo previsto en los arts. 138 a 154 del D. 347/2002, sea o no legalizable. Lo que pretende la actora sería como admitir que cualquiera pueda iniciar su actividad sin licencia y, una vez iniciada, pedir la licencia y que la actividad no se pueda cerrar hasta que se resuelva si procede o no conceder la licencia, con lo cual habría “licencias de facto”, a voluntad del interesado.

CUARTO.- Con relación al silencio, se alega que el 15 de septiembre de 2009 se pidieron ambas autorizaciones, la primera sería la inclusión en el Programa de Implantación y la segunda la licencia propiamente dicha.

Frente a ello, hay que rechazar de plano la pretensión de que se haya podido obtener la licencia por silencio positivo, y ello por cuanto, como consta en el folio 20 del expediente 1.059.256/09 (y folio 4 del expediente 1.047.235/09), notificada el 8-10-2009 a V., se acordó la interrupción del procedimiento administrativo relativo a la licencia urbanística y de apertura en tanto en cuanto se tramitaba la solicitud de inclusión de dicho emplazamiento en el Programa de Implantación de V.E., S.A.

Dicha suspensión es obligada, puesto que es requisito indispensable, Art. 4.1 de la Ordenanza Municipal de Telecomunicación por Transmisión-Recepción de Ondas Eléctricas de 30-5-2001, BOP 21-6-2001, la previa inclusión en el Programa de Implantación, ya aprobado globalmente pero que, obviamente, debe ir siendo modificado a medida que se extiende la red. Al haberse suspendido, no puede entenderse cumplido el plazo máximo para resolver a que se refiere el 146.2 del D. 347/2002, que reproduce el plazo general de 3 meses del 42.3 de la Ley 30/1992.

Cierto es que la suspensión, por precisar de una autorización previa de inclusión en el Programa de Implantación, no está expresamente prevista ni en el 42 de la Ley 30/1992 ni en el 143 del D. 347/2002, pero su necesidad se desprende del 243 de la Ley 3/2009, que dice que no puede entenderse adquirida por silencio administrativo una licencia contraria a la legislación o planeamiento urbanístico, con lo cual, de no suspenderse, estaría abocado el procedimiento a la desestimación o a la declaración de caducidad, al no contar previamente con la autorización de inclusión en el Programa de Implantación, siendo lo más razonable la suspensión mientras se obtiene dicha inclusión.

QUINTO.- Cierto es que la parte pretende que se declare que se obtuvo tal inclusión en el Programa de Implantación por silencio positivo, pero ello no es posible, ya que aunque se hubiese obtenido dicha autorización por silencio positivo, debería haberse producido el alzamiento de la suspensión de la solicitud de licencia, cosa que no tuvo lugar. En última instancia, al menos debería haberse solicitado su alzamiento con base en el silencio, y a la vista de ello habría de haberse examinado por el Juzgado si, en caso de no haberse alzado, se podría hablar de mala fe municipal y considerar que la misma no debería ser obstáculo al silencio positivo. Pero eso es una hipótesis sobre un imposible, porque no se pidió en ningún momento dicho alzamiento de la suspensión. Por ello, de haberse producido el silencio positivo en el Programa de Implantación, ello no se habría comunicado automáticamente a la licencia.

Podría pensarse si este Juzgado se puede plantear al menos hacer una declaración sobre dicho silencio positivo, pero tampoco es posible, ya que, como antes se ha dicho, no habría desviación procesal, prohibida por el Art. 33.1 de la LJCA, únicamente en el supuesto de que se estimase el recurso contra la orden de clausura, por entenderse que habría habido silencio positivo en la licencia, para lo cual habría de haberse examinado si había habido silencio positivo en la implantación. Sin embargo, como ya se ha dicho que en ningún caso hay silencio positivo en la licencia, por estar suspendida y no haberse alzado ni pedido el alzamiento de la suspensión, tal consideración opera como cortafuegos e impide entrar en un pronunciamiento que quedaría colgado, procesalmente hablando, del vacío y que no tendría enlace directo con la pretensión principal, la anulación de la orden de clausura, que ya se ha dicho que se desestima al no haberse obtenido la licencia por silencio positivo.

SEXTO.- 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 debo desestimar y desestimo el recurso interpuesto por V.E.,S.A.U. contra la resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo de Zaragoza de 20-7-2010 que ordenó la clausura de la Estación base de telefonía móvil sita en Carretera del Aeropuerto, nº 4, Centro Empresarial San Lamberto, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Así por esta Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.