

Roj: STSJ CAT 849/2011
Id Cendoj: 08019330032011100086
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Barcelona
Sección: 3
Nº de Recurso: 295/2008
Nº de Resolución: 118/2011
Procedimiento: Recurso de apelación contra sentenc
Ponente: JOSE MANUEL DE SOLER BIGAS
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Rollo de apelación nº 295/2008

SENTENCIA Nº118

Ilmos. Sres.:

Presidente

DON JOSÉ JUANOLA SOLER

Magistrados

DON MANUEL TÁBOAS BENTANACHS

DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS

En la ciudad de Barcelona, a 22 de febrero de dos mil once.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN TERCERA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el Rollo de Apelación nº 295/2008, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE TARRAGONA, representado por el Procurador de los Tribunales D. JOSEP M^a SOLÉ I MAS y defendido por Letrado, siendo parte apelada TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. LUIS COLET PANADES y defendida por Letrada.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - En el recurso contencioso-administrativo nº 247/2007, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Tarragona, i instancias de Telefónica Móviles España SA, frente al Ayuntamiento de Tarragona, se dictó Sentencia en fecha 10 de julio de 2008 , parcialmente estimatoria del recurso interpuesto.

SEGUNDO - Contra la referida Sentencia se formuló recurso de apelación por el Ayuntamiento demandado, que fue admitido a trámite, con traslado a la parte actora, que evacuó escrito oponiéndose a dicho recurso.

TERCERO - Elevadas las actuaciones a la Sala, se acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó Magistrado Ponente y, no habiéndose abierto el procedimiento a prueba en esta alzada ni celebrado vista, se señaló fecha para la votación y fallo del recurso, que tuvo lugar el 2 de febrero de 2011.

CUARTO - En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - Constituye el objeto del recurso contencioso-administrativo nº 247/2007, del que ha conocido en primera instancia el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 2 de Tarragona, la impugnación por Telefónica Móviles España SA, del Decret dictado en fecha 29 de mayo de 2007 por el Tinent d'Alcade del Ayuntamiento de Tarragona, por el que se acordó :

"1. Ordenar (a la actora) que en el termini de vuit (8) dies procedeixi a l'enretirada de les instal.acions d'una estació base de telefonía mòbil, ubicades a la coberta de l'Hotel Royal Tarraco ubicat al c/ Sant Auguri núm. 5 d'aquesta ciutat, per no disposar de la preceptiva llicència ambiental per a la seva implantació.

2. Advertir-vos que si transcorreguts vuit (8) dies, comptats a partir del següent al de la notificació d'aquesta resolució, no han donat compliment a l'ordre dictada, els Serveis de la Guàrdia Urbana...procediran al precinte de les esmentades instal.lacions, fins que es legalitzin.

3. Significar als interessats que l'incompliment de l'ordre dictada es considerarà com a presumpta desobediència..."

Interpuesto por Telefónica Móviles España SA recurso contencioso administrativo contra el indicado Decret, el Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Tarragona dictó Sentencia en fecha 18 de julio de 2008 , por la que estimando parcialmente el recurso, anuló de la resolución impugnada, a tenor del fallo, **"tan solo la parte de dicha resolución relativa a la orden de desmantelamiento de instalaciones"**, confirmándola en cuanto al resto.

Por el demandado Ayuntamiento de Tarragona se ha formulado recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado a quo, alegando en esencia, que la instalación de telefonía móvil en cuestión, se ha levantado *"sin la preceptiva licencia ambiental"*, tratándose por tanto *"de una actividad carente de la oportuna licencia ambiental que determina su clandestinidad"*, sosteniendo por tanto la procedencia de su retirada, *"dando (con ello) total cumplimiento a la legalidad vigente"*.

La representación procesal de la actora interesa en esta alzada la confirmación de la Sentencia apelada, alegando que la instalación de telefonía móvil tenía concedida Licencia de obras, y que *"la Licencia Ambiental fue solicitada por mi representada desde el 18 de enero de 2006 estando por tanto en trámite desde dicha fecha y sin que se haya dictado Resolución al respecto no por causa imputable a (la actora), sino por causa imputable a la propia Corporación Municipal"*, reiterando que *"No estamos...en un supuesto en que se haya denegado la Licencia ambiental, muy al contrario está solicitada se ha aportado toda la documentación y tan solo se está pendiente de que la Administración dicte la correspondiente resolución a la que viene obligada"*.

SEGUNDO - Se plantea en esta alzada, a tenor de cuanto antecede, la procedencia, o no, de que el Ayuntamiento demandado, ante una estación base de telefonía móvil, levantada careciendo de licencia ambiental - solicitada en fecha 18 de enero de 2006 y en trámite, el último conocido, consistente en un Decret del Ayuntamiento de 14 de agosto de 2007 (fol. 107 de los autos de 1ª instancia), por el que se deja en suspenso el expediente, *"amb la finalitat de estudiar la formació"* de un Plan Especial, afectando también a otras solicitudes de la misma naturaleza -, pueda ordenar, no sólo la suspensión y el precinto de la actividad, que aquí no se discute, sino también la retirada de la instalación.

El Juzgado a quo, en el FJ 2º de la Sentencia apelada, tras razonar que *"la resolución se ajusta plenamente a derecho"*, ante *"la realización de una actividad careciendo de la licencia o autorización ambiental (que) desde luego, determina la clandestinidad de su ejercicio"*, entiende no obstante que *"no hay cobertura legal para la orden de desmantelamiento de instalaciones mientras se tramita una solicitud de licencia ambiental"*, con cita al respecto de la Sentencia de esta Sala y Sección de 2 de marzo de 2005, rec. 612/2002 .

No comparte la Sala el anterior criterio.

En efecto, está fuera de discusión la sujeción, en este ámbito autonómico, de la instalación de una estación base de telefonía móvil, al régimen de licencia y control ambiental configurado en el *art. 24* y siguientes en relación con el *art. 7 b)* de la *Llei del Parlament 3/98, de 27 de febrero*, de intervención integral de la Administración ambiental, desarrollada por el Decret 136/99 (modificado por el Decret 143/2003), y en lo que se refiere específicamente a la ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil, por el Decret 148/2001, de 29 de mayo.

Con arreglo al *art. 24 de la LP 3/98*, "*Se someten al régimen de licencia ambiental las actividades que se relacionan en el anexo II, tanto **para ser implantadas** como para cualquier cambio sustancial que pretenda introducirse en las mismas una vez autorizadas*".

Quiere ello decir que, para que una estación base de telefonía móvil pueda ser instalada materialmente, se requiere disponer, con carácter previo e independientemente de la licencia de obras, de la licencia ambiental concedida por el Ayuntamiento. Del mismo modo que, con posterioridad, la puesta en marcha de la instalación y el inicio de la actividad, requerirá de otras actuaciones de control ("*inicial*"), cuales son las previstas en el *art. 43 de la LP 3/98*.

De lo antedicho se colige que la actuación de la actora en este proceso, consistente en levantar la instalación base de telefonía móvil, sin esperar a que le fuera concedida la licencia ambiental, es ilegal también en lo que se refiere a tal acción, y no sólo a la subsiguiente de iniciar la actividad, objeto de la medida de suspensión no discutida en esta alzada, siendo así que con la primera, lo que hace la actora es poco menos que transmutar el régimen legal aplicable a la telefonía móvil, por el de comunicación previa previsto, para actividades de menor trascendencia ambiental, en el *art. 41 y en el Anexo III de la LP 3/98*.

Así las cosas, no concurre óbice para que el Ayuntamiento demandado y apelante, en ejercicio de sus competencias sobre protección del medio ambiente contempladas en el *art. 25.2 f) de la LBRL (Ley 7/85, de 2 de abril)*, y *art. 63.3 f) del DL 2/2003, de 28 de abril*, y en defensa del principio de legalidad, proceda no sólo a la suspensión y precinto de la actividad ejercida sin licencia ambiental, sino también a la retirada de la instalación levantada en ausencia de aquélla.

Todo ello, sin perjuicio de las acciones que puedan corresponder a la actora, en relación con la no concesión de la licencia ambiental solicitada.

Sin que, por último, resulte equiparable el supuesto contemplado en la Sentencia de esta Sala y Sección de 2 de marzo de 2005, rec. 612/2002, citada en la Sentencia apelada, por cuanto allí se trataba (FJ 2º) de "*la adecuación a la ordenanza vigente de las instalaciones de radiocomunicación instaladas en un período anterior...*", para cuyo proceso de adecuación, de instalaciones que se entendían legalizadas, no se estimó procedente la previsión cautelar de desmantelamiento, cuestión obviamente distinta a la aquí planteada.

TERCERO - Procede por tanto, conforme a cuanto antecede, estimar el presente recurso de apelación y acordar como se dirá.

Sin condena de ninguna de las partes al pago de las costas devengadas en ambas instancias, con arreglo al *art. 139.1 y 2 LJCA*.

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

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Tercera) ha decidido:

1º.- ESTIMAR el recurso de apelación formulado por la representación procesal del Ayuntamiento de Tarragona, contra la Sentencia dictada en fecha 18 de julio de 2008 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Tarragona, revocando la misma por no estimarla ajustada a derecho.

2º.- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por Telefónica Móviles España SA, contra el Decret dictado en fecha 29 de mayo de 2007 por el Tinent d'Alcalde del Ayuntamiento de Tarragona, confirmando dicha resolución en su integridad.

3º.- NO HACER especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en ambas instancias.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.