

Dictamen nº: **221/20**
Consulta: **Alcalde de San Martín de la Vega**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **16.06.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 16 de junio de 2020, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de San Martín de la Vega a través del consejero de Vivienda y Administración Local al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de revisión de oficio de los acuerdos de Junta de Gobierno Local de 10 de noviembre de 2016 y 2 de febrero de 2017, sobre actividad de base de telefonía móvil en calle Navarra (exp. PDACT, 38/2016).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 14 de abril de 2020 tuvo entrada en el registro de esta Comisión Jurídica Asesora solicitud de dictamen preceptivo en relación con la iniciativa de revisión de oficio descrita en el encabezamiento. A dicho expediente se le asignó el número 172/20.

Por oficio del secretario de la Comisión Jurídica Asesora de fecha 22 de abril de 2020 se requirió al Ayuntamiento de San Martín de la Vega para que remitiese de nuevo la primera parte del expediente dado que la enviada resultaba ilegible.

El día 28 de abril de 2020 tuvo entrada en la Comisión Jurídica Asesora la documentación requerida.

En cuanto al plazo para la emisión del dictamen solicitado, debe tenerse en cuenta la disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Tras la derogación de esta medida por la disposición derogatoria única del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, con efectos desde el día 1 de junio de 2020, con esta fecha se inicia el plazo para la emisión del presente dictamen.

La ponencia ha correspondido, según las reglas generales de reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Laura Cebrián Herranz, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 16 de junio de 2020.

SEGUNDO.- Del examen del expediente administrativo remitido por el Ayuntamiento de San Martín de la Vega se desprenden los siguientes hechos relevantes para la emisión del dictamen:

Con fecha 2 de octubre de 2016 el representante de la empresa ORANGE ESPAGNE S.A.U registra de entrada en el Ayuntamiento de San Martín de la Vega una “declaración responsable de obras, actividad e instalaciones” mediante la que comunica que se dispone a ejercer la actividad de instalación de antena de telefonía móvil que se desarrollará en la calle Navarra nº 6-8 de San Martín de la Vega. Manifiesta que la actividad se ajusta a lo dispuesto en el artículo 6 de la ordenanza reguladora del procedimiento de comunicación previa, declaración responsable y licencia de actividad para establecimientos y actividades comerciales. Declara bajo su responsabilidad que la actividad cumple con todos los requisitos legalmente exigibles comprometiéndose a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad y a

comunicar cualquier variación que se produzca en la actividad y prestación de servicios.

El día 6 de octubre de 2016, el arquitecto municipal emite informe en el que tras reproducir el contenido del artículo VII.2.10.18 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento –NNSS- de San Martín de la Vega concluye que *“la instalación que describe el proyecto presentado por la empresa no se trata en ningún caso de las permitidas por las NN.SS de San Martín de la Vega (vigentes de aprobación definitiva el 29/10/1996) para ser instaladas sobre las cubiertas (serían agua potable; evacuación, energía, telefonía fija y televisión) y la descrita antena de telefonía móvil tampoco es imprescindible para el funcionamiento del propio edificio sobre el que se ubica la antena que nos ocupa, hay que concluir que – contrariamente a lo que se recoge en la DECLARACIÓN RESPONSABLE presentada- el proyecto no cumple los requisitos legales exigibles tales como son el cumplimiento de la vigente NN.SS de San Martín de la Vega”*.

El 11 de octubre de 2016 emite informe jurídico el secretario del ayuntamiento. Se refiere en primer término a la normativa aplicable comenzando por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante Ley 9/2014), concretamente al artículo 34 cuyo apartado primero establece un deber de colaboración a fin de hacer efectivo el derecho de los operadores de comunicaciones electrónicas de ocupar la propiedad pública y privada para realizar el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas, a las que el apartado dos del precepto atribuye el carácter de equipamiento básico estableciendo que su instalación y despliegue constituyen obras de interés general. Se refiere a su vez a los apartados tercero y cuarto del mismo artículo que hacen referencia a la normativa de las administraciones públicas en la materia, y a los instrumentos de planificación urbanística. Reproduce el apartado sexto del precepto y la disposición final tercera de la Ley 9/2014 en cuya virtud se introduce

en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación la disposición final octava que establece el sistema de declaración responsable para las obras de instalación de infraestructuras de red o estaciones radioeléctricas en edificaciones de dominio privado.

Transcribe a su vez distintos preceptos de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios, así como el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común relativo al régimen de la declaración responsable y la comunicación previa.

A continuación, analiza las Normas Subsidiarias de planeamiento de San Martín de la Vega (BOCM nº18 de 22 de enero de 2017), en concreto el Título VII.2. 18 y 7:

“VII.2.10.18 Cubiertas

Por encima de la cubierta únicamente se permiten las troneras de buhardillas, chimeneas, conductos de ventilación e instalaciones imprescindibles”.

VII.2.7 CONDICIONES DE LAS DOTACIONES Y SERVICIOS DE LOS EDIFICIOS:

VII.2.7.3. Dotación DE AGUA POTABLE.

VII.2.7.4. Dotación de energía.

VII.2.7.6. Servicios de evacuación.

VII.2.7.7. Telecomunicaciones

A/Telefonía fija.

B/Televisión.

VII.2.7.1-Definición. Son condiciones de las dotaciones y servicios de los edificios las que se imponen al conjunto de instalaciones y máquinas, así como a los espacios que ocupen para el buen funcionamiento de los edificios y los locales, conforme al destino que tiene previsto”.

Seguidamente analiza si a la vista de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 9/2014, se podría cuestionar si la prohibición establecida en las NNUU pudiera considerarse como una restricción absoluta o desproporcionada al derecho de ocupación del dominio público o privado de los operadores de telefonía y en consecuencia un incumplimiento del deber de ese ayuntamiento de colaborar en el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas impuesto por la citada Ley 9/2014.

Sin embargo explica que dicha cuestión ya se ha planteado con anterioridad en relación con unos expedientes de licencia de obra mayor y de licencia de actividad para la ejecución de una estación base de telefonía móvil que fueron denegadas por el mismo motivo esgrimido en el informe técnico en el presente expediente y que los acuerdos de la Junta de Gobierno Local fueron objeto de recurso desestimado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo que confirmó en apelación el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Precisa que en conclusión y a la vista de las resoluciones judiciales dictadas en dicho procedimiento, las NNSS no establecen una prohibición general de instalar las antenas de telefonía en suelo urbano, sino sólo unas condiciones generales de edificación en las cubiertas de los edificios que las operadoras de telefonía móvil han de cumplir, como cualquier otra persona en el municipio, por lo que no pueden considerarse como una restricción absoluta o desproporcionada al

derecho de las mismas al despliegue de sus instalaciones y añade que admitir lo contrario supondría desconocer la competencia municipal en materia urbanística.

Considera que una vez comprobado que el ejercicio de la actividad declarada incumple las NNSS del Ayuntamiento procede iniciar expediente para declarar esas circunstancias, dando audiencia al interesado, debiendo suspenderse cautelarmente los efectos habilitantes de la declaración responsable en tanto se dicta resolución, a fin de evitar los perjuicios que se pudieran derivar del inicio de las obras y de la actividad si, posteriormente, se dicta resolución declarando su ilegalidad.

Previa propuesta de Alcaldía, la Junta de Gobierno Local acuerda con fecha 13 de octubre de 2016:

“PRIMERO.- DECLARAR , provisionalmente, la inexactitud o falsedad de la manifestación , que se considera de carácter esencial, de ORANGE ESPAÑA SAU de que el ejercicio de la actividad de INSTALACIÓN DE TELEFONÍA MÓVIL en la calle Navarra 6-8 de esta localidad, cumple con todos los requisitos legalmente exigibles para el ejercicio de la misma, contenida en la Declaración Responsable presentada con fecha 3 de octubre de 2016, en cuanto que la citada instalación en la cubierta de la edificación incumple lo dispuesto en el artículo VII.2.10.18 de las vigentes Normas Subsidiarias de Planeamiento de San Martín de la Vega. En consecuencia, la Declaración responsable presentada no tiene los efectos habilitantes para la ejecución de las obras y el ejercicio de la actividad de INSTALACIÓN DE ANTENA DE TELEFONÍA MÓVIL en la calle Navarra 6-8.

SEGUNDO.- DAR TRÁMITE DE AUDIENCIA en el expediente a ORANGE ESPAGNE SAU para que en el plazo de diez días hábiles presente las alegaciones y documentos que estime procedentes.

TERCERO.- ADVERTIR a ORANGE ESPAGNE SAU que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.6 de la Ley General de Telecomunicaciones, la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable determinará la imposibilidad de explotar la instalación y, en su caso, la obligación de retirarla desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

CUARTO.- SUSPENDER de forma provisional y cautelar los efectos habilitantes de la Declaración responsable presentada por ORANGE ESPAGNE SAU para el inicio de las obras y el ejercicio de la actividad de INSTALACIÓN DE ANTENA DE TELEFONÍA MÓVIL en calle Navarra 6-8, hasta que se adopte resolución definitiva del presente expediente, a fin de evitar los perjuicios que se pudieran derivar del inicio de las obras y de la actividad, si posteriormente se dicta resolución declarando su ilegalidad.

QUINTO.- NOTIFICAR el presente acuerdo a ORANGE ESPAGNE SAU.

SEXTO.- FACULTAR al SR Alcalde para la firma de cuantos documentos sean necesarios para la ejecución del presente acuerdo.

(...)”.

El día 26 de octubre de 2016 la citada empresa presenta en el registro de la Agencia de Protección de Datos escrito de alegaciones frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 13 de octubre de 2016 en el que en síntesis se refiere en primer término al carácter esencial de la instalación a la hora de mantener la adecuada prestación del servicio de comunicaciones móviles y el inevitable perjuicio de la

decisión adoptada, extensivo al resto de antenas con las que se conecta en el despliegue de la red de telecomunicaciones, con referencia expresa al carácter de servicio de interés general que atribuye la Ley 9/2014 a esta actividad. En segundo lugar, solicita la suspensión en la ejecutividad de la medida cautelar de cese de actividad mientras se confirma la legalización de la instalación.

El día 9 de noviembre de 2016 emite informe la Policía Local de San Martín de la Vega en el que se indica que siendo comisionados por el alcalde de la localidad se han dirigido al establecimiento donde al parecer se está instalando una antena sin licencia municipal. Señala que una vez personados en el lugar de los hechos se entrevistan con el encargado de la empresa INSYTE INSTALACIONES, le solicitan la licencia que no presenta y manifiesta que han sido contratados por la empresa ORANGE a la cual informaran al día siguiente, destacando que ya tenían montado el transformador y gran parte de la antena. Los agentes le informan de que lo pondrán en conocimiento de la autoridad municipal.

El secretario de la Corporación emite informe el día 10 de noviembre de 2016 sobre las alegaciones formuladas por la empresa, indicando respecto del carácter esencial de la instalación a que alude la empresa que no se ha justificado la necesidad técnica de que la antena tenga que instalarse en la ubicación propuesta y no se pueda hacer en otra ubicación que respete las NNSS del municipio; no discute que se trate de un servicio de interés general pero aclara que dicha naturaleza no supone que las empresas no estén obligadas a cumplir la normativa urbanística y en concreto las NNSS de planeamiento municipal; reitera lo señalado en el informe jurídico de fecha 11 de octubre de 2016 sobre la aplicación de las NNSS y la legalidad de las mismas. Expone que el ayuntamiento está colaborando con las operadoras en el despliegue de instalaciones de telefonía móvil, refiriéndose a la convocatoria de una licitación para otorgar una concesión de dominio público sobre una

parcela de propiedad municipal, si bien la única oferta presentada por ORANGE ESPAGNE SAU fue rechazada por no aportar la garantía provisional exigida en los pliegos, por lo que dicha licitación fue declarada desierta. Añade que simultáneamente la Junta de Gobierno Local convocó una segunda licitación pendiente de resolución ya que ORANGE ESPAGNE SAU ha presentado la documentación fuera de plazo.

Indica que la presentación de la declaración responsable no supone sin más que la actividad esté legalizada y que el Ayuntamiento tiene ex artículo 34.6 de la Ley 9/2014 la facultad de comprobar si la actividad objeto de declaración es conforme con la normativa aplicable como ha sucedido, con resultado desfavorable. Finalmente, en cuanto al cese de la suspensión cautelar de la actividad que solicita la empresa, indica que no han quedado acreditados los perjuicios irreparables derivados de dicha suspensión y que, en todo caso, serían imputables exclusivamente a la citada compañía.

Propone la desestimación de las alegaciones, que se acuerda por la Junta de Gobierno Local con fecha 10 de noviembre de 2016, ordenando además a la empresa de forma definitiva el cese inmediato de la actividad, así como la retirada inmediata de la instalación.

Con fecha 10 de enero de 2017 el representante de la empresa interpone recurso de reposición contra el citado Acuerdo en el que reitera las alegaciones formuladas en su escrito de fecha 7 de noviembre de 2016.

Previa propuesta del secretario municipal, por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2 de febrero de 2017 se desestima el recurso de reposición presentado por ORANGE ESPAGNE SAU contra el acuerdo de fecha 10 de noviembre de 2016 así como la solicitud de cese de la

suspensión de la ejecutividad de los acuerdos de cese de la actividad y de orden de retirada de la instalación de la antena de telefonía móvil.

El día 23 de marzo de 2017 tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de San Martín de la Vega un escrito firmado por el representante legal de la empresa en el que se expone que en la tramitación del procedimiento se ha incumplido el procedimiento legalmente establecido por lo que solicita al amparo de lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –en adelante LPAC- la revisión de oficio del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, de fecha 2 de febrero de 2017 por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de 16 de noviembre de 2016.

Precisa que el trámite incumplido es el previsto en el artículo 35.5 de la Ley 9/2015 cuyo tenor literal es el siguiente:

“5. 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.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 83.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, transcurrido dicho plazo, el informe se

entenderá emitido con carácter favorable y podrá continuarse con la tramitación de la medida o resolución.

A falta de solicitud del preceptivo informe, así como en el supuesto de que el informe no sea favorable, no se podrá aprobar la medida o resolución”.

Ante la causa de nulidad alegada interesa la suspensión de la ejecutividad de los acuerdos de cese de actividad y retirada de la instalación mientras no se decida sobre la revisión de oficio solicitada.

Con fecha 11 de enero de 2018 la Junta de Gobierno Local acuerda incoar expediente para la ejecución subsidiaria de la orden de ejecución acordada por la Junta de Gobierno Local el 10 de noviembre de 2016 añadiendo que según informe del ingeniero técnico municipal la cuantía de las obras asciende a 5.100 euros sin IVA.

Frente a dicho acuerdo por medio de escrito registrado de entrada en el Ayuntamiento el día 19 de abril de 2018, el representante de la empresa formula las siguientes alegaciones:

- En primer lugar, aduce que en el acuerdo de 11 de enero de 2018 se hace mención a diversos antecedentes, algunos de ellos no notificados ni previa ni conjuntamente con aquella, y en el contenido del mismo tampoco se hace mención alguna al escrito por ellos presentado en el que se solicitaba expresamente que se declarara la suspensión de la ejecutividad de la orden de retirada conforme al precepto del art .117 2 de la Ley 39/2015.

Considera que en la medida que, a día de hoy, no consta respuesta a dicha solicitud, por aplicación del artículo 117.3 de la Ley 39/2015., la solicitud identificada debe considerarse estimada, por lo que no tiene la obligación de proceder a la ejecutividad de la orden de retirada.

Añade que como consecuencia de dicha estimación, la incoación del presente expediente que ha obviado totalmente la estimación de la solicitud de suspensión de la ejecutividad de la resolución cuyo incumplimiento se pretende ejecutar de forma forzosa, supone una gravísima infracción del procedimiento legalmente establecido, por aplicación del Art.47.1.e) de la misma Ley 39/2015.por lo que solicita que se proceda al archivo del presente expediente, so pena de incurrir en un vicio de nulidad insubsanable en la tramitación y resolución de este expediente.

- En segundo lugar, se reitera en su escrito de solicitud de revisión de oficio del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2 de febrero de 2017 por infracción del procedimiento legalmente establecido al no haberse solicitado el informe exigido en el artículo 35.5 de la Ley 9/2014.

El siguiente documento del expediente administrativo es la Sentencia de 16 de abril de 2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 de Madrid en el recurso contencioso administrativo interpuesto por ORANGE ESPAGNE SAU contra la desestimación presunta de la petición de revisión de oficio al Ayuntamiento de San Martín de la Vega de la declaración de ineficacia y la orden de cese de la actividad de la base de telefonía móvil, sita en la calle Navarra nº 6-8 de dicho municipio.

El fundamento de derecho segundo de la sentencia analiza la posible inadmisión a trámite de las solicitudes de revisión de oficio ex y concluye su improcedencia dado que en este supuesto la recurrente solicitó que se tramitara el procedimiento alegando y motivando uno de los supuestos previstos en el artículo 47.1 e) de la LPAC, los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

En el fundamento de derecho tercero reproduce la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2001, en la que se expone que en los procedimientos de revisión de oficio, “*del que es pieza fundamental el Dictamen del Consejo de Estado*”, el examen de fondo está condicionado a la previa tramitación del procedimiento por la Administración autora del acto de manera que eludido dicho trámite, lo procedente no es que la jurisdicción entre a conocer del acto sino que ordene a la Administración que inicie y concluya la tramitación mediante resolución expresa en orden a si se produjo la nulidad pretendida.

En consecuencia, estima parcialmente el recurso condenando al ayuntamiento a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio.

Según el certificado de la secretaria en funciones de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Martín de la Vega en la sesión celebrada el 14 de noviembre de 2019 se acordó:

“1º.- PROCEDER a la ejecución de la Sentencia número 123/2019 de 16 de abril de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid nº 9, dictada en el Procedimiento Ordinario nº 323/2018, (...)

2º.- TRAMITAR, en ejecución de la sentencia referida y de conformidad con el escrito de ORANGE ESPAGNE SAU, con registro de entrada número 2.961 de 23 de marzo de 2017, el procedimiento de revisión de oficio del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2 de febrero de 2017, (Exp. PDACT, 38/2016 PRP2017/335) que desestima el recurso de reposición interpuesto por la mercantil interesada, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local en sesión de 10 de noviembre de 2016 (Exp. PDACT, 38/2016, PRP2016/3569), ambos actos administrativos, cuyas partes dispositivas han sido reproducidas en la parte expositiva del presente acuerdo.-

3º.- PROCEDER a redactar propuesta de resolución para la revisión de oficio de los acuerdos citados, con audiencia de la mercantil interesada y solicitud por parte de la Alcaldía, del dictamen para informe preceptivo, con remisión del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, antes de adoptar acuerdo por parte del Pleno Municipal.-

4º.- COMUNICAR el presente acuerdo a la Alcaldía, Concejalía del Área de Seguridad, Obras e Infraestructuras y Servicios al Municipio, Concejalía de Economía, Empleo, Hacienda y Transparencia, para que se proceda a su ejecución y efectos oportunos.

5º.- REMITIR certificado de este acuerdo al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid nº 10, en el Procedimiento Ordinario nº 123/2018.-

6º.- FACULTAR al Sr. Alcalde para la firma de cuantos documentos sean necesarios para la ejecución del presente acuerdo”.

Previo informe del secretario en funciones del ayuntamiento del 15 de noviembre de 2019, el alcalde emite una propuesta para la Comisión Informativa de las áreas de Economía y Hacienda.

La Comisión Informativa de las Áreas de Economía y Hacienda, de conformidad con la propuesta de la Alcaldía de fecha 15 de noviembre de 2019, dictamina favorablemente y eleva al Pleno una propuesta de acuerdo que es adoptado por dicho órgano en sesión celebrada el día 27 de noviembre de 2019, acordando:

“1º.- DECLARAR, en ejecución de la Sentencia número 123/2019 de 16 de abril de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid nº 9, dictada en el Procedimiento Ordinario nº 323/2018, y de conformidad con el escrito de ORANGE ESPAGNE SAU, con

registro de entrada número 2.961 de 23 de marzo de 2017, la nulidad del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2 de febrero de 2017, (Exp. PDACT, 38/2016 PRP2017/335) que desestima el recurso de reposición interpuesta por ORANGE ESPAGNE SAU contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local en sesión de 10 de noviembre de 2016 (Exp. PDACT, 38/2016, PRP2016/3569), sobre la declaración de la ineficacia de la declaración responsable y la orden del cese de la actividad de la base de telefonía móvil, sita en calle Navarra, n. 6-8 de San Martín de la Vega, ambos actos administrativos, cuyas partes dispositivas han sido reproducidas en la parte expositiva del presente acuerdo.

2º.- CONFERIR trámite de audiencia a ORANGE ESPAGNE SAU, por el plazo de diez días hábiles siguientes al de la notificación de este acuerdo para que pueda alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes; a efectos de dictar nueva propuesta de resolución que valore sus alegaciones y dar traslado de la propuesta a la Comisión Jurídica Asesora antes que el Pleno del Ayuntamiento dicte el acuerdo definitivo de este procedimiento de revisión.

3º.- COMUNICAR el presente acuerdo a la Alcaldía, Concejalía del Área de Seguridad, Obras e Infraestructuras y Servicios al Municipio, Concejalía de Economía, Empleo, Hacienda y Transparencia, a los efectos oportunos.

4º.- NOTIFICAR el presente acuerdo a la mercantil interesada con advertencia de los recursos que contra el mismo puedan interponerse.

5º.- FACULTAR al Sr. Alcalde para la firma de cuantos documentos sean necesarios para la ejecución del presente acuerdo”.

Una vez notificado el citado acuerdo, consta en el expediente el recibo del registro electrónico de entrada del ayuntamiento, del día 19 de diciembre de 2019, la relación de documentos aportada por la empresa ORANGE ESPAÑA SAU con su escrito de alegaciones que, sin embargo, no han sido remitidos a esta Comisión.

El informe del secretario en funciones del ayuntamiento de fecha 10 de febrero de 2020 se refiere al escrito de alegaciones y documentación adicional presentado por la empresa en los siguientes términos:

«Sexto.- (...), en nombre y en representación de ORANGE ESPAGNE SAU, mediante escrito de 19 de diciembre de 2019 con registro de entrada número 2019-E-RE-138 de igual fecha formula alegaciones aportando documentación siguiente:

Poder de representación;

Copia del certificado del acuerdo de Pleno de 27 de noviembre de 2019,

Sentencia num. 395/2018 de 26 septiembre de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (JUR\2019\37766);

Sentencia número 277/2018 de 2 de octubre de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 9 de Valencia, en el P.A.127/2018;

Informes de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones para la Sociedad de la Información, Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnología de la Información, Subdirección General de Redes y Operadores de Telecomunicaciones del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, emitidos por el

Coordinador del Área de las Administraciones Públicas de 3 de junio de 2015, por el Director General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información de 5 de octubre de 2015, y por el Subdirector General Ordenación de las Telecomunicaciones de 23 de mayo de 2019.-

El escrito presentado por la representación de ORANGE ESPAGNE SAU, mediante escrito de 19 de diciembre de 2019 con registro de entrada número 2019-E-RE-138 de igual fecha, formula resumidamente las siguientes alegaciones:

1.- Concurre nulidad absoluta en las resoluciones del Ayuntamiento de 16 de noviembre de 2016 y de 2 de febrero de 2017, al no cumplirse con “el trámite esencial de solicitud previa del Informe al Ministerio que tiene carácter preceptivo y vinculante, a una eventual decisión que denegara la legalización de la instalación”.

2.- Es de aplicación el artículo 35.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones que establece:

“5. 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.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 83.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, transcurrido dicho plazo, el informe se entenderá emitido con carácter favorable y podrá continuarse con la tramitación de la medida o resolución.

A falta de solicitud del preceptivo informe, así como en el supuesto de que el informe no sea favorable, no se podrá aprobar la medida o resolución”.

3.- La falta de dicho trámite esencial acarrea la nulidad de la resolución municipal por virtud del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, conforme reconoce la Sentencia número 123/2019 de 16 de abril de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid nº 9 dictada en el Procedimiento Ordinario nº 323/2018.-

4.- Reproduce parcialmente el contenido de la Sentencia número 395/2018 de 26 septiembre de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (JUR\2019\37766) sobre el informe preceptivo previo del Ministerio de Industria sobre la instalación de la infraestructura de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, con el plazo de un mes para su emisión entendiéndose emitido con carácter favorable y podrá continuarse con la tramitación de la medida cautelar o resolución que impide o paralice o deniegue dichas instalaciones.-

Reproduce parcialmente las sentencias número 1104/2018 de 27 de diciembre de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y número 277/2018 de 2 de octubre de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 9 de Valencia, en el P.A.127/2018, sobre el informe preceptivo previo del Ministerio de Industria sobre la instalación de la infraestructura de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; y su omisión produce la nulidad de pleno derecho por virtud del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015.-

5.- *Las órdenes de ceses de actividad y de retirada o desmantelamiento de la instalación “no gozan de fundamento jurídico para su aplicación” y ha de “entenderse suspendida la ejecutividad las órdenes de cese y desmantelamiento mencionadas mientras que no recaiga resolución sobre la revisión de oficio”.*

Procede examinar las alegaciones presentadas al no haberse adoptado acuerdo tras el trámite de audiencia de los diez días.-

(...)

1º.- *Procede valorar favorablemente las alegaciones presentadas por la representación de ORANGE ESPAGNE SAU, mediante escrito de 19 de diciembre de 2019 con registro de entrada número 2019-E-RE-138 de igual fecha, en el sentido que procede la revisión de oficio al concurrir nulidad de pleno derecho en el acuerdo municipal sobre la declaración de la ineficacia de la declaración responsable y la orden del cese de la actividad de la base de telefonía móvil, sita en calle Navarra, n. 6-8 de San Martín de la Vega, y en la desestimación del recurso de reposición interpuesto contra el mismo.*

2º.- *La revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho se ampara en los artículos 106.1, en relación con el 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.-*

3º.- *La omisión de solicitud del previo informe preceptivo del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo con el objeto de adoptar 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, previsto en el 35.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo,*

General de Telecomunicaciones, ha de entenderse que produce la nulidad de pleno derecho por virtud del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.-

La nulidad de pleno derecho afectaría al acuerdo de la Junta de Gobierno Local en sesión de 10 de noviembre de 2016 (Exp. PDACT, 38/2016, PRP2016/3569), sobre la declaración de la ineficacia de la declaración responsable y la orden del cese de la actividad de la base de telefonía móvil, sita en calle Navarra, n. 6-8 de San Martín de la Vega y al acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2 de febrero de 2017, (Exp. PDACT, 38/2016 PRP2017/335) que desestima el recurso de reposición interpuesto por ORANGE ESPAGNE SAU contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local en sesión de 10 de noviembre de 2016 (Exp. PDACT, 38/2016, PRP2016/3569).-

(...)».

El Pleno de la Corporación, de conformidad con el dictamen de la Comisión Informativa de las Áreas de Economía y Hacienda, de fecha 19 de febrero de 2020, con fecha 26 de febrero de 2020 acuerda:

“1º.- ESTIMAR favorablemente las alegaciones presentadas por (...), en nombre y en representación de ORANGE ESPAGNE SAU, mediante escrito de 19 de diciembre de 2019 con registro de entrada número 2019-E-RE-138 de igual fecha a efectos de dictar propuesta de resolución y traslado de la misma a la Comisión Jurídica Asesora para acordar la revisión de oficio al concurrir nulidad de pleno derecho, en el acuerdo municipal sobre la declaración de la ineficacia de la declaración responsable y la orden del cese de la actividad de la base de telefonía móvil, sita en calle Navarra, n. 6-8

de San Martín de la Vega, y en la desestimación del recurso de reposición interpuesto contra el mismo.

2º.- PROPONER declarar la nulidad de los acuerdos de la Junta de Gobierno Local de sesión de 10 de noviembre de 2016 (Exp. PDACT, 38/2016, PRP2016/3569), sobre la declaración de la ineficacia de la declaración responsable y la orden del cese de la actividad de la base de telefonía móvil, sita en calle Navarra, n. 6-8 de San Martín de la Vega y del acuerdo de la junta de Gobierno local de sesión de 2 de febrero de 2017, (Exp. PDACT, 38/2016 PRP2017/335) que desestima el recurso de reposición interpuesto por ORANGE ESPAGNE SAU contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local en sesión de 10 de noviembre de 2016 (Exp. PDACT, 38/2016, PRP2016/3569), al concurrir causa de nulidad de pleno derecho por virtud del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, en este caso, por omisión de solicitud del previo informe preceptivo del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo con el objeto de adoptar 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, previsto en el 35.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.-

3º.- DAR traslado de la presente propuesta junto a la copia de los expedientes correspondientes a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, para que una vez dictaminado, el Pleno del Ayuntamiento dicte el acuerdo definitivo en este procedimiento de revisión.-

4º.- COMUNICAR el presente acuerdo de aprobación de propuesta a la Concejalía de Economía, Empleo, Hacienda y Transparencia, y a la mercantil interesada a los efectos oportunos.

5º.- FACULTAR al Sr. Alcalde para la firma de cuantos documentos sean necesarios para la ejecución del presente acuerdo”.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, y a solicitud del alcalde de San Martín de la Vega, a través del consejero de Vivienda y Administración Local, al amparo del artículo 18.3.c) del ROFCJA.

El Ayuntamiento de San Martín de la Vega está legitimado para recabar dictamen de esta Comisión en virtud de lo dispuesto en el ya citado apartado 1 en relación con el 3.1.f) b. del artículo 5 de la Ley 7/2015, que establece la necesidad de solicitar su dictamen preceptivo por las entidades locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid para acordar la revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas en los supuestos establecidos en las leyes.

El artículo 106.1 de la LPAC establece la posibilidad de que las Administraciones públicas, en cualquier momento, declaren de oficio o a solicitud del interesado la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1. Para ello será necesario que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de

nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la LPAC, y, desde el punto de vista del procedimiento y garantía del ajuste de la actividad administrativa al principio de legalidad, que se haya recabado dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, y que éste tenga sentido favorable.

De este artículo se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en determinado supuesto carácter vinculante. La referencia que el artículo 106 de la LPAC, en sus apartados 1 y 2, hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha, a partir de su creación, a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, creada por la ya citada Ley 7/2015.

SEGUNDA.- La revisión de oficio en el ámbito local, con carácter general, se regula en el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), que permite a las Corporaciones Locales revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

Igualmente, los artículos 4.1.g) y 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, indican que dichas Corporaciones, dentro de la esfera de sus competencias, tienen atribuida la potestad de revisión de oficio de sus actos, resoluciones y acuerdos, con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

La señalada remisión a la legislación del Estado conduce a los artículos 106 a 111 LPAC.

TERCERA.- Previamente al análisis material de la posible nulidad de pleno derecho de los acuerdos de la Junta de Gobierno Local de San Martín de la Vega de fechas 16 de noviembre de 2016 y 2 de febrero de 2017, debe hacerse una referencia el procedimiento.

El artículo 106 LPAC no contempla un procedimiento específico para la tramitación de los expedientes de declaración de nulidad, por lo que se entienden aplicables las normas recogidas en el título VI de dicho cuerpo legal, denominado *“Disposiciones Generales sobre los procedimientos administrativos”*, con la especialidad exigida por el artículo 106, que establece como preceptivo el previo dictamen favorable del órgano consultivo que corresponda.

Estas normas generales procedimentales determinan que la tramitación del expediente continúe con la realización de los actos de instrucción necesarios *“para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”* (artículo 75 de la LPAC). Estas actuaciones instructoras, pueden consistir en la emisión de los correspondientes informes en garantía de la legalidad, objetividad y acierto de la resolución final que se dicte en el procedimiento, exigidos con carácter general por el artículo 79 de la LPAC.

De conformidad con el artículo 3.3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (en adelante, R.D. 128/2018), la función de asesoramiento legal preceptivo corresponde a la secretaría cuyo informe previo, en los procedimientos de revisión de oficio de actos de la entidad local, a excepción de los actos de naturaleza tributaria, resulta preceptivo [ex. artículo 3.3.c) 3º del R.D. 128/2018].

Como en todo procedimiento administrativo, aunque no lo establezca expresamente el artículo 106.1 de la LPAC, se impone la audiencia del interesado, trámite contemplado con carácter general en el artículo 82 de la LPAC, que obliga a que se dé vista del expediente a los posibles interesados, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes en defensa de sus derechos.

El correcto desarrollo procedimental demanda que dicho trámite se sustancie una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución y del informe del órgano consultivo según dispone el artículo 82 de la LPAC.

Finalmente, con carácter previo a la solicitud de dictamen del órgano consultivo, debe redactarse la propuesta de resolución en la que la Administración consultante se pronuncie sobre la procedencia de la nulidad solicitada, con inclusión de los correspondientes antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, en la que se concrete, en su caso, la causa en la que se apoya la nulidad.

En el presente procedimiento, como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho del presente dictamen, se han cumplido los trámites descritos.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106.5 de la LPAC el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, mientras que, si el procedimiento se hubiera iniciado a instancia del interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo.

En el presente caso, el procedimiento fue iniciado a instancia de la empresa interesada que ante la desestimación presunta de su solicitud acudió a la jurisdicción contencioso administrativa y obtuvo la

estimación parcial de sus pretensiones mediante la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 de Madrid de fecha 16 de abril de 2019, declarada firme mediante diligencia de ordenación de fecha 10 de junio de 2019, que condenó al Ayuntamiento a tramitar el procedimiento de revisión de oficio solicitado por la recurrente.

CUARTA.- Desde un punto de vista material, en orden a la revisión de oficio de un acto nulo será necesario que concurra en dicho acto alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la LPAC.

Esta Comisión Jurídica Asesora ha sostenido reiteradamente en sus dictámenes (*ad exemplum*: 522/16 de 17 de noviembre, 353/17, de 7 de septiembre y 300/19 de 11 de julio), que el punto de partida inexcusable, es la consideración de la revisión de oficio como una potestad excepcional de la Administración para dejar sin efecto sus propios actos y disposiciones al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva tal como recoge la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Nº 458/2016, de 15 de julio de 2016 (recurso 319/2016), que con mención de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 junio 2004, entiende que solo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

Como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de noviembre de 2015 (recurso 269/2014):

“La doctrina sentada por esta Sala (entre las más recientes, sentencia de 7 de febrero de 2013 –recurso núm. 563/2010–), configura dicho procedimiento como un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de

nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva. Como tal, se trata de un cauce subsidiario de los otros instrumentos procedimentales ordinarios de impugnación de actos administrativos; de modo que, conforme a la indicada doctrina, no es posible instar la revisión de oficio, por existir cosa juzgada, cuando previamente se haya impugnado la resolución de que se trata en vía jurisdiccional”.

Se trata de una potestad cuyo ejercicio requiere una especial ponderación ya que, como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de febrero de 2017 (recurso 7/2015):

“La acción de nulidad no es el último remedio impugnatorio susceptible de utilizar cuando se ha agotado el sistema de recursos normal, en el que cabe, pues, alegar cuantas causas de oposición quepa contra los actos combatidos, sino que se constituye como instrumento excepcional y extraordinario para evitar la producción de efectos jurídicos de aquellos actos viciados de nulidad radical. De ahí, como medio excepcional y extraordinario, que las exigencias formales y materiales para su ejercicio hayan de exigirse de manera absolutamente rigurosa, y toda interpretación que se haga de los dictados del artículo 102 de la LRJPA haya de ser necesariamente restrictiva, ya que no exigir este rigor sería desvirtuar la naturaleza y finalidad de esta acción de nulidad y la puesta en peligro constante del principio de seguridad jurídica. Formalmente, por tanto, no cabe ejercitar esta acción de nulidad más que contra actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo. Materialmente es

exigencia ineludible que el vicio del que adolece el acto sea de los que hacen al mismo radicalmente nulo por así contemplarse en el artículo 62.1 de la LRJPA”.

En el que caso que se nos somete a consulta, el objeto del procedimiento de revisión está constituido por los Acuerdos de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Martín de la Vega de 10 de noviembre de 2016 y 2 de febrero de 2017 en los que entre otras consideraciones, se ordenaba a la empresa de forma definitiva, el cese inmediato de la actividad de instalación de antena de telefonía móvil en la Calle Navarra 6-8 de esa localidad así como, la retirada inmediata de la instalación, por ser una obra no conforme con las vigentes NNSS de planeamiento municipal, con la advertencia de que, de no hacerlo, se procedería por el Ayuntamiento a la ejecución subsidiaria de lo ordenado, a costa de ORAGNE ESPAGNE SAU, así como al inicio de los expedientes sancionadores y de exigencias de posibles responsabilidades penales a que hubiera lugar.

El solicitante de la revisión de oficio considera que la omisión de solicitud del previo informe preceptivo del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo con el objeto de adoptar 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, previsto en el 35.5 de la Ley 9/2014, ha de entenderse que produce la nulidad de pleno derecho por virtud del artículo 47.1.e) de la LPAC, por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

En los mismos términos se pronuncia la propuesta del Pleno del Ayuntamiento que considera que la nulidad de pleno derecho afectaría al acuerdo de la Junta de Gobierno Local en sesión de 10 de noviembre

de 2016 (Exp. PDACT, 38/2016, PRP2016/3569), sobre la declaración de la ineficacia de la declaración responsable y la orden del cese de la actividad de la base de telefonía móvil, sita en calle Navarra, n. 6-8 de San Martín de la Vega y al acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2 de febrero de 2017, (Exp. PDACT, 38/2016 PRP2017/335) que desestima el recurso de reposición interpuesto por ORANGE ESPAGNE SAU contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local en sesión de 10 de noviembre de 2016 (Exp. PDACT, 38/2016, PRP2016/3569).

En este punto, hay que recordar que el precepto invocado se pronuncia expresamente sobre las consecuencias de la falta de solicitud del referido informe, al establecer que *“a falta de solicitud del preceptivo informe, así como en el supuesto de que el informe no sea favorable, no se podrá aprobar la medida o resolución”*.

Partiendo de la contundencia y claridad con la que se pronuncia el precepto, cabe citar sobre este mismo asunto la Sentencia 395/2018 de 26 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco invocada por la empresa en su escrito de alegaciones:

«(...)

QUINTO.- Relevancia de la omisión del informe preceptivo y vinculante del Ministerio competente en materia de telecomunicaciones exigido por el art. 35.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo (RCL 2014, 657, 699), general de telecomunicaciones.

En el ámbito del debate que se traslada ante la Sala con el recurso de apelación y la oposición del Ayuntamiento de Arrasate/Mondragón, enlazando con el contenido de la sentencia apelada, (...) son dos los motivos que la Sala debe responder: (i) el primero, sobre la relevancia de la omisión del informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Industria, Energía y Turismo exigido por

el art. 35.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo (RCL 2014, 657, 699), general de telecomunicaciones, y (...)

Al responder al primero de los motivos, partiremos de tener presente el contenido del el art. 35.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones, artículo 35 referido a los “mecanismos de colaboración entre el Ministerio de Industria, Energía y Turismo y las administraciones públicas para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas”, punto 5 que del tenor que sigue:

“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.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 83.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , transcurrido dicho plazo, el informe se entenderá emitido con carácter favorable y podrá continuarse con la tramitación de la medida o resolución.

A falta de solicitud del preceptivo informe, así como en el supuesto de que el informe no sea favorable, no se podrá aprobar la medida o resolución”.

(...)

Lo relevante del precepto es que se va a exigir con carácter previo a adoptar decisiones que impidan, paralicen o denieguen la instalación, incluso en el ámbito cautelar, informe preceptivo ministerial, con la consecuencia de que de no solicitarse, o de no ser favorable, que no se podrá aprobar la medida o resolución, en este caso la decisión municipal recurrida consistió en orden de retirar la instalación de la base de telefonía móvil en emplazamiento sito en Goiru Kalea número 1 en el ámbito de la AE.18 Garaia, anticipando que no era posible su legalización.

Todo ello respondiendo en el ámbito del ámbito normativo y régimen jurídico aplicable en la fecha en la que recayó la resolución de 22 de junio de 2015 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Arrasate/Mondragón y por ello, con las precisiones que haremos, bajo el ámbito de la Ley 9/2014 de 9 de mayo General de Telecomunicaciones, que incorporó singulares novedades respecto al previo régimen jurídico.

Por ello régimen jurídico distinto al que en su momento tuvo presente el precedente que también se ha ido refiriendo en las actuaciones, la sentencia de esta Sala 599/2012 de 9 de noviembre, recaída en el recurso de apelación 1064/2010 (...)

Precisaremos que si bien el marco normativo urbanístico era coincidente con el de autos, Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo del País Vasco y la Normativa del Plan General de Ordenación Urbana de 2003 [-, PGOU sustituido por el de 2016, no aplicable aquí -], sin embargo la normativa sectorial de telecomunicaciones varió sustancialmente, dado que en aquí debemos tener presente la posterior Ley 9/2014 de 9 de mayo general de telecomunicaciones.

En este ámbito debemos ratificar que no pueda acogerse el reparo competencial que traslada la oposición del Ayuntamiento, dada la

relevancia de la competencia sectorial de la Administración del estado en el ámbito sectorial de las telecomunicaciones, plasmada en la citada Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones, ello unido a que no puede partirse de la inexistencia de parámetros y requerimientos técnicos que garanticen el funcionamiento de la base de telefonía móvil en la que incidió la decisión de la Administración, la orden de retirada de la sita en el número 1 de Goiru Kalea en el ámbito del AE-18 Garaia.

(...)».

A mayor abundamiento, y en el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 28 de marzo de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), que sobre esta cuestión declaró:

“Desde el punto de vista procedimental, es cierta la omisión de un trámite sin el cual no se podrá aprobar la medida cautelar que impida o paralice o de una resolución que deniegue la instalación de la infraestructura de la red. Con este texto del artículo 35.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo (RCL 2014, 657, 699) , General de Comunicaciones legal, con fundamento en la competencia exclusiva estatal en materia de telecomunicaciones del artículo 149.1.21.ª de la Constitución y en las competencias de carácter transversal de los artículos 149.1.1.ª y 149.1.13.ª del texto constitucional, la Ley persigue, como uno de sus principales objetivos, el de recuperar la unidad de mercado en el sector de las telecomunicaciones, estableciendo procedimientos de coordinación y resolución de conflictos entre la legislación sectorial estatal y la legislación de las Administraciones competentes dictada en el ejercicio de sus competencias que pueda afectar al despliegue de redes y a la prestación de servicios. Resulta claro que estamos ante un informe no sólo preceptivo, sino que deviene esencial con finalidad de contar

con una información cualificada sobre la necesidad de la infraestructura que se cuestiona para el despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas.

Ausencia y transcendencia del referido informe que debería conducir a la anulación con retroacción del procedimiento sin otra consideración, remitiéndonos al efecto a los razonamientos de la sentencia dictada en la misma fecha que la presente al resolver el recurso PO 381/2016 (...)”.

De acuerdo con lo expuesto, atendiendo a la literalidad del artículo 35.5 de la Ley 9/2014 y a la interpretación del mismo verificada en las sentencias reseñadas, consideramos que procede la revisión de oficio de los citados acuerdos de la Junta de Gobierno Local de San Martín de la Vega, ex artículo 47.e) de la LPAC.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la revisión de oficio de los citados acuerdos de la Junta de Gobierno Local de San Martín de la Vega de fechas 10 de noviembre de 2016 y 2 de febrero de 2017 con retroacción del procedimiento y solicitud del informe previsto en el artículo 35.5 de la Ley 9/2014 con carácter previo a la adopción de la resolución que, en su caso, deniegue la instalación de la infraestructura de la red de referencia,

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el

plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 16 de junio de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 221/20

Sr. Alcalde de San Martín de la Vega

Pza. de la Constitución, 1 – 28330 San Martín de la Vega