

**TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA**

REQUERIMIENTO RETIRADA. ANTENA DE TELEFONÍA MÓVIL.

Imprudencia. Informe pericial probatorio de la falta de incumplimiento de la instalación requerida.

**Ilmo. Sr.**

**MAGISTRADO-JUEZ**

D. Javier Albar García

En Zaragoza a nueve de Mayo 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 384/2010-AT, seguidos ante este Juzgado entre partes, de una como recurrente V.E.,S.A.U., representada por la Procuradora Dña. M.P.C.I. y defendida por la Letrada Dña E.A.C., y de otra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora Dña. S.S.S. defendido por el Letrado D. J.M.M., sobre resolución que acuerda la retirada de estación base de telefonía móvil, y,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que mediante escrito de fecha de entrada en el Registro del Juzgado Decano 1-10-2010, se interpuso por la Procuradora Sra. C.I., en nombre y representación de V.E.,S.A.U., recurso-contencioso administrativo contra la siguiente actuación:

Resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza, de fecha 6 de julio de 2010, que desestima el recurso de reposición interpuesto, con fecha 22-6-10, por V.E.,S.A.U., contra resolución del Consejo de Gerencia, del expediente 1.338.310/2009, que ordenó REQUERIR para en el plazo de UN MES procediera a retirada de estación base de telefonía móvil en Polígono 181, parcela 26-Torre Guiñarro/Los Llanos, Barrio de Garrapinillos.

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 recibirse 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 estimo 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.

**TERCERO.-** Que mediante Decreto de fecha 17-1-2011, se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada y superior a 18.031 euros.

Recibido el procedimiento a prueba, por Auto de fecha 17-1-2011, por la parte actora se propuso determinada prueba documental y pericial aportada de parte, que fue practicada, previa declaración de su pertinencia, con el resultado obrante en Autos. La parte demandada no propuso medio probatorio alguno.

Finalizado el periodo probatorio, se acordó el trámite de conclusiones, constando unidos los respectivos escritos presentados por las partes y quedando los Autos a disposición de S.S.<sup>a</sup>, conclusos para dictar Sentencia.

**CUARTO.-** Por Providencia de fecha 18-3-2011, con suspensión del plazo para dictar Sentencia, en aplicación del Artículo 61.2 LJCA, se acordó de oficio la práctica de determinada prueba testifical y testifical-pericial, practicándose con el

resultado obrante en Autos. Por diligencia de fecha 28-3-2011, se dio traslado a las partes del resultado de la prueba acordada de oficio, presentado la parte demandada escrito de alegaciones, sin que la parte actora formulase manifestación alguna en el plazo concedido para ello. Por Providencia de fecha 20-4-2011, se declaró el pleito concluso para Sentencia.

**QUINTO.-** 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 del Ayuntamiento de Zaragoza de 6-7-2010 que confirmó la de 22-6-2010 que había requerido a la recurrente para que en el plazo de un mes procediese a la retirada de una estación base de telefonía móvil en Polígono 181, parcela 26, Torre Guiñarros-Los Llanos, Barrio de Garrapinillos, muy cercana a Utebo.

Se alega infracción del procedimiento, por no haberse requerido para la legalización, al ser legalizable, por no haberse dado traslado de la propuesta, así como que es una instalación legalizable.

**SEGUNDO.-** Con relación a lo primero, y a salvo de lo que luego se dirá sobre la identificación de la Estación Base cuya retirada se ordena, debe rechazarse por dos motivos. Por un lado, según el informe de 8-3-2010, folio 7, no es legalizable por no cumplir el retranqueo de 10 metros a caminos y linderos del punto 6.1.18.3 de las NNUU del PGOU, con lo cual si desde el principio se considera ilegalizable, no se da el supuesto del art. 266 LUA 3/2009 de 17 de junio, el cual dice *"1. Si se hubiese concluido una obra sin licencia u orden de ejecución o contra las condiciones señaladas en las mismas, el Alcalde, dentro del plazo de diez años, a contar desde la total terminación de las obras, y previa la tramitación del oportuno expediente, adoptará alguno de los acuerdos establecidos en el artículo anterior; apartado primero, letras a) o b), según proceda"*, y si acudimos al 265, éste establece *"1. Cuando se estuviera realizando algún acto de edificación o uso del suelo o del subsuelo sin licencia u orden de ejecución o contra las condiciones señaladas en las mismas, el Alcalde dispondrá su paralización inmediata y, previa la tramitación del oportuno expediente, adoptará alguno de los acuerdos siguientes:*

*a) Si las obras o los usos fueran total o parcialmente incompatibles con la ordenación vigente, decretará su demolición, reconstrucción o cesación definitiva en la parte pertinente a costa del interesado, aplicando en su caso lo dispuesto en el apartado siguiente para la parte de la obra o del uso compatibles con la ordenación.*

*b) Si las obras o los usos pudieran ser compatibles con la ordenación vigente, requerirá al interesado para que, en el plazo de dos meses, solicite la preceptiva licencia o su modificación. En caso de no proceder la legalización decretará la demolición, reconstrucción o cesación definitiva de la obra o del uso en la parte pertinente a costa del interesado"*. Es decir, no es preciso, en absoluto, requerir de legalización si se considera que no es posible la misma. El segundo motivo es que recientemente, el 5-11-2009, folio 3, se había denegado la licencia, con lo cual no tenía sentido, cuatro meses después, tramitar de nuevo un procedimiento en tal sentido.

**TERCERO.-** Respecto de la propuesta, no se regula en tales preceptos el procedimiento a seguir, bastando con que se dé audiencia, con lo que se cubre con la exigencia mínima del art. 84 de la Ley 30/1992, no siendo necesario dar traslado de la propuesta, y menos cuando en la misma no se contiene nada que no sea aquello de lo que se le dio traslado y los propios documentos alegaciones presentados por la recurrente: inclusive en el caso de que fuese necesaria la notificación de la propuesta, su ausencia no produciría la indefensión material que el art. 63.2 de la Ley 30/1992 exige para la anulación, habiendo podido, además, argumentar lo que tuvo por conveniente con ocasión del recurso de reposición.

**CUARTO.-** En cuanto a si resulta o no legalizable, nos encontramos con un

problema de indefinición. En efecto, la Administración se refiere a dos antenas, existentes el 3-3-2010, fotografías de los folios 8 y 9 del expediente. En la 8 aparece en primer plano una antena, detrás de un recinto vallado, y a su vez dentro de un pequeño recinto vallado, y, al fondo, otra antena más. En la nueva se ve, desde más lejos, y desde la parcela 1, como resulta del examen de los folios 10 y 11, en primer término la misma antena, y, más lejana, la segunda antena. Por tanto, no cabe duda que la que aparece en primer término es la antena que no cumple el retranqueo a linderos en relación con la parcela nº 1, que es la mencionada en el informe, pues está a un par de metros de la valla.

El problema es que la recurrente sólo nos hablaba de una antena, y decía que sólo tiene una. No explicaba ni cuál es en concreto ni tampoco a quien corresponde la otra, o si podía ser una antigua instalación propia. Si vamos al informe pericial, tampoco se daba explicación en tal sentido, sobre la existencia de dos antenas. Eso sí, en la fotografía que aparece al inicio del informe, fotografía aérea, la que nos enseña es la antena que veíamos lejana en las fotografías (cosa que se comprueba, aparte de comparando plano y fotografía, acudiendo a la web Google Earth), sin que aparezca la otra, y desde ella a los linderos aparecen unas líneas que son las que se podrían corresponder con las distancias que menciona en la página 21 del informe, que son 10,20 metros de retranqueo al camino y 10 al lindero más próximo, que sí cumplirían con el retranqueo de 10 metros.

En definitiva, con los datos dados por las partes surgían dos dudas esenciales. La primera era si la antena que aparece en primer término en la fotografía es de V. o no, siendo evidente que ésta no cumple distancias. La segunda, si la otra antena cumple el retranqueo a linderos, lo que podría ser que sí, y si el Ayuntamiento respecto de ella hizo pronunciamiento o sólo se refería a la primera (las más cercana en sus fotografías).

Ante tal duda se hizo preciso prueba complementaria, la testifical del legal representante de la titular y la pericial de parte.

**QUINTO.-** De dicha prueba testifical y de la pericial acordadas de oficio resulta claro que la antena de V. no es la que se observa en primer término en los folios 8 y 9, respecto de la cual es evidente, por la simple observación, que no cumple los diez metros a linderos, estando adosado el recinto de la estación a la tapia que marca el lindero y la antena a unos dos metros, sino la que está más allá. Del examen conjunto de las actuaciones, lo que se desprende es que la que está al fondo, la de V., no fue siquiera el objeto de la orden, puesto que ni se fotografió más de cerca ni se hizo el más mínimo esfuerzo por combatir razonadamente el informe pericial, ratificado en el juicio, que la sitúa a 10 metros de un lindero y 10,20 del otro y teniendo en cuenta que así como respecto de la otra antena parece haber una evidencia que no precisa de ninguna medición, respecto de la de V. no hay el más mínimo indicio para sacar la misma conclusión, que habría exigido bien un examen sobre el terreno, bien un informe basado en fotografías aéreas, cuando menos. Es más, en el folio 11 hay un plano con una escala de 100 metros, de la cual puede concluirse que es perfectamente posible que haya 10 y 10,20 metros a los dos linderos de la esquina inferior izquierda del plano. Sin duda, de haberse referido a ésta, como pretende el Ayuntamiento en sus conclusiones, se habría tenido que justificar el por qué era errado dicho informe pericial, basado en el SIGPAC. No se hizo porque se partía de que la estación a que se refería era la que sale en primer término de las fotografías.

Por todo ello, procede estimar el recurso, anulando la resolución recurrida, en cuanto la única antena que evidentemente incumple la distancia a linderos es la de otra empresa, al parecer O., según dijo el testigo, señor Z., no habiéndose probado ni que se dirigiese el procedimiento contra la de V. ni tampoco, en ese caso, hay pruebas de que incumpla los requisitos, en concreto la distancia de 10 metros a linderos.

**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 estimando en su totalidad el recurso interpuesto por V.E.,S.A.U. contra la Resolución del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de 6-7-2010 que confirmó la de 22-6-2010 que había requerido a la recurrente para que en el plazo de un mes procediese a la retirada de una estación base de telefonía móvil en Polígono 481, parcela 26, Torre Guiñarro-Los Llanos, Barrio de Garrapinillos, muy cercana a Utebo, debo anular y anulo ambas, dejando sin efecto el requerimiento de retirada, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Así por esta Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.