
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 DE ZARAGOZA
Procedimiento ordinario nº 65/2002-A. Sentencia nº 193 (29-10-2002)

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.

Retirada de estaciones base de telefonía móvil.

Apercibimiento de ejecución subsidiaria en diversos lugares de la ciudad.

Orden de suspensión del suministro eléctrico.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar García

En Zaragoza , a veintinueve de Octubre de dos mil dos.

El Sr. D. Javier Albar García, Magistrado-Juez de Contencioso/Administrativo nº 2 de Zaragoza y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Procedimiento Ordinario 65/2002-A seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente R. M., S.A. representada por el Procurador D. S.A.L. y defendida por el Letrado D. X.C.M. y de otra EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representada por el Procurador D. F.P.A. y representada por el Letrado D. J.M.M., sobre resolución de fecha 25-01-2002 de la Alcaldía-Presidencia del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, estaciones base de telefonía móvil, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.– Que mediante escrito de fecha 21-2-02 de entrada en el Juzgado Decano, se interpuso por R.M., S.A. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

Resolución de 25-01-02 de la Alcaldía-Presidencia del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza por la que se requería a distintas operadoras de telefonía móvil, entre las que se encuentra R.M., S.A., a restablecer en el plazo de un mes el ordenamiento urbanístico infringido respecto a las antenas, estaciones base y otros equipos de telefonía móvil, procediéndose a su retirada y, como medida precautoria acordaba la suspensión del suministro eléctrico de las estaciones base de telefonía móvil que relacionaba.

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 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.

TERCERO.— Que mediante auto de fecha 14-5-02, se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada.

Por la parte recurrente se presentó escrito de fecha 6-6-02, interesando el desestimiento de la prosecución del presente procedimiento, únicamente en lo que se refiere a la instalación de la Avda. Tenor Fleta de esta Ciudad. Por resolución de fecha 11-6-02, se tuvo por desistido a la parte recurrente respecto de la mencionada instalación, continuándose el procedimiento respecto del resto de instalaciones.

Recibido el procedimiento a prueba, se solicitó por la actora determinada documental, practicándose la declarada pertinente con el resultado que obra en autos.

Finalizado el periodo probatorio se acordó el trámite de conclusiones, constando unidos los escritos presentados por las partes, quedando los autos conclusos para sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— Se recurre el acuerdo de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 25-1-2002 por el que se ordenó, en restablecimiento de la legalidad urbanística, retirar diversas estaciones-base de telefonía móvil, entre ellas las de la recurrente en 1) C/ Fray Luis Urbano; 2) Camino de las Torres; 3) Avda. Tenor Fleta; 4) General Mallandía; 5) Pº Calanda; 6) Duquesa Villahermosa; 7) Alcañíz; 8) Corona de Aragón; 9) Pza. S. Francisco; 10) Alicante; 11) Bruselas; 12) Pablo Ruiz Picasso; 13) Valle de Oza; 14) Reyes de Aragón, con apercibimiento de ejecución subsidiaria a su costa, así como se ordenó la suspensión del suministro eléctrico, a fin de garantizar el cumplimiento de la resolución.

Se vierten numerosísimas alegaciones, muchas de ellas repeticiones o enfoques diferentes de una misma cuestión. Así, serían la infracción del principio de audiencia; necesidad técnica de implantar las estaciones-base; la vulneración de la confianza legítima con impedimento del desenvolvimiento de la concesión; la invasión de la competencia del Estado; la manifiesta inactividad administrativa, junto con la aplicación retroactiva de la Ordenanza Municipal de Instalaciones de Telecomunicación por Transmisión-recepción de Ondas Radioeléctricas de 30-5-2001 (BOP 21-6-2001); vulneración del procedimiento establecido al haberse obtenido las licencias por silencio positivo al no haber contradicción con el planeamiento; irretroactividad de la Ordenanza Municipal; violación de los principios generales de la ley 30/1992 y falta de proporcionalidad; inocuidad de la tecnología empleada, irrevocabilidad de los actos administrativos y daños y perjuicios económicos.

En realidad, y de forma resumida, se pueden reducir tal conjunto de alegaciones a la de haberse obtenido la licencia por silencio positivo, en la cual se incluirían todas las alegaciones sobre las normas aplicables, sobre la irrevocabilidad, sobre la irretroactividad, etc.; la de que no se permite el cumplimiento de la concesión y se causa perjuicio al interés público; la de la inocuidad de las instalaciones y la de los perjuicios causados.

SEGUNDO.— Empezando por el primer argumento, se afirma infringido el art. 84 de la ley 30/1992, por no haberse dado la audiencia prescrita por el mismo a la interesada, si bien en Aragón hay hoy día, en materia urbanística, una regulación específica al efecto y se habría infringido en realidad el art. 196.b), al que se remite el art. 197.1, ambos de la ley Urbanística Aragonesa 5/1999, en la medida en que aquél exige comprobar, antes de la demolición, si es legalizable la obra, incluso actuando de oficio el Ayuntamiento, habiendo acaecido la infracción tanto por no haberse dado el preceptivo trámite de audiencia como por ser posible la legalización.

Al respecto, se coincide plenamente con las conclusiones a que llegó la sentencia del Juzgado nº 1 de Zaragoza de 24-7-2001, al entender que en todo caso es preciso llevar a cabo un previo expediente, sean o no los usos compatibles con la ordenación vigente. Tal planteamiento ha sido acogido, a su vez, en la sentencia de este Juzgado de 9-10-2002, en PO 64/2002, relativa al mismo acto ahora recurrido pero esa vez por unas antenas de otra compañía. Así, el 196, en sus normas generales, dice que «previa la tramitación del oportuno expediente» se adoptará una resolución que, alternativamente, puede ser o bien la orden de demolición, reconstrucción o cesación definitiva, si hay incompatibilidad con el ordenamiento, o bien, si pudieran ser los usos compatibles, se requerirá al interesado para que solicite en el plazo de dos meses la licencia. Es decir, que a la conclusión de la incompatibilidad con el ordenamiento sólo puede llegarse una vez se haya tramitado el correspondiente expediente, que por sencillo que sea debe de incluir la preceptiva audiencia que el art. 84 de la ley 30/1992 establece para todo expediente administrativo. Al respecto, el Ayuntamiento, en el procedimiento anteriormente referido, en el que se planteó la cuestión de modo más específico y detallado que en este caso, alegaba que aun cuando habría sido mejor que se hubiera dado el traslado, en realidad resultaba innecesario, en cuanto en la resolución de las solicitudes de licencia ya se había llegado a la conclusión de la incompatibilidad con el ordenamiento. A ello se sumaba según el Ayuntamiento, que ni se había omitido el procedimiento ni se había causado indefensión, por lo que se trataría de un defecto no invalidante al no cumplir los requisitos ni del art. 62.1.e) ni del 63.2 de la ley 30/1992.

Frente a tales afirmaciones, hay que oponer lo siguiente. En primer lugar, y entramos en la cuestión de la nulidad por haber prescindido del procedimiento establecido del art. 62.1.e) de la ley 30/1992 se ha prescindido total y absolutamente del trámite de audiencia, no habiendo habido la más mínima intervención de la recurrente en el procedimiento, y de hecho ni siquiera tuvo conocimiento del mismo hasta la resolución. Así, en folio 1 consta la remisión al

Registro para dar número a la actuación, estando fechada dicha remisión el 22-1-2002. El 23-1-2002, folios 27 a 35, obra una propuesta de la Jefe del Servicio de Disciplina Urbanística y Registro de Solares, que da el visto bueno a la del Jefe de la Sección jurídica de Control de Obras, en folio 36 la Comisión de Urbanismo acuerda elevarla a la Alcaldía y el 25-1-2002, folios 38 y siguientes, la Alcaldía-Presidencia acuerda requerir para la retirada de las antenas. Es decir, no ha habido más tramitación real que la propuesta y la confirmación, no habiendo habido una incoación formal, distinta de la propuesta, ni una audiencia antes o después de la misma. Por ello, siendo que el art. 196 de la LUA prevé dos cosas, el expediente por un lado y la resolución concreta sobre el restablecimiento de la legalidad urbanística, la conclusión es que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, pues en realidad no ha habido expediente alguno, debiendo destacarse que en este caso la situación es diferente a cuando se aplicaba el art. 185 del TR de la LS, ya que en el mismo se preveía sólo requerir de legalización, mientras que ahora, en la LUA, se prevé un previo expediente a través del cual se sentarán las bases para optar entre ordenar la demolición o requerir la legalización, con lo cual, si no hay expediente previo no ha habido procedimiento. Sólo por tal motivo ya habría de estimarse el recurso y declararse la nulidad de la resolución recurrida en su integridad.

TERCERO.— En segundo lugar, y además de lo anterior, en la práctica se ha causado una auténtica indefensión al interesado, conforme al art. 63.2 de la ley 30/1992. Ciertamente es que se puede afirmar que las licencias se denegaron, y que por ello era inútil oír de nuevo a los recurrentes. Sin embargo, hay que tener en cuenta en primer lugar que no eran firmes, y tal vez ni estaban notificadas, las resoluciones denegatorias de las licencias, ya que, por ejemplo, la de Duquesa Villahermosa, estaba en plazo para recurrir y se recurrió ante este Juzgado en el PO 30/2002, o la de Selva de Oza, en el 31/2002, por lo que no se podía decir que resultase incontestable la inadecuación al ordenamiento. Por otro lado, y por lo que se ha ido viendo en el Juzgado, en el que se han resuelto algunos recursos contra diversas licencias, varias de las denegadas el 21-12-2001, no se dio audiencia en las mismas sobre el nuevo PGOU ni sobre la Ordenanza de 30-5-2001. Además de ello, la Ordenanza había sido objeto de recurso directo, por lo que es claro que tenían motivos que alegar en caso de haberles dado audiencia, y eso era un dato nuevo que no se había tenido en cuenta por el Ayuntamiento. Finalmente, y aunque en sede de recurso, el art. 112 de la ley 30/1992 entiende que debe darse audiencia a los interesados cuando se hayan producido nuevos hechos no recogidos en el expediente originario, dándonos con ello una pauta interpretativa en cuanto a la incidencia de tal situación nueva en el expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística y en este caso como la resolución que ordena la retirada de las antenas se basa en la evidente contradicción con la normativa urbanística, vista la denegación de las licencias, y siendo que en tales denegaciones no se tuvo en cuenta, a efectos de dar nueva audiencia, la incidencia de la nueva normativa, resulta que se ha prescindido del trámite de audiencia por conside-

rarlo innecesario cuando en la resolución en que se basa tampoco se dio dicho trámite. Cierto es que en algunas de las sentencias, como en la dictada en el PO 49/2002 frente a otra compañía, se dijo que el no haber dado nueva audiencia en la tramitación de la licencia no causó indefensión, pero el supuesto es muy diferente, pues mientras que en aquel caso la recurrente conocía la existencia del procedimiento, al haber sido su promotora, y podía haber aportado escritos invocando o alegando sobre la nueva normativa, en el caso que nos ocupa el primer conocimiento que la recurrente tuvo del expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística fue la resolución ordenando la retirada por lo que no tuvo posibilidad real de alegar. Por tanto, y en definitiva, la recurrente no tuvo conocimiento de la incoación del expediente, no le fue dado traslado del mismo ni pudo alegar sobre los cambios normativos habidos entre tanto, pese a que la resolución se basaba en la denegación de unas licencias que todavía no eran firmes, con lo cual no se cumplió el trámite en un aspecto esencial y además se causó indefensión. Aun podría salvarse toda la cuestión de la falta de audiencia si hubiera habido resoluciones firmes sobre las licencias denegadas, confirmando las mismas, pero resulta que no las hay, o al menos no consta, por lo que todavía no se puede saber si son ajustadas a derecho las mismas ni sus correlativas órdenes de demolición.

A todo lo anterior se suma otro hecho muy relevante, y es que las antenas no tienen una absoluta contradicción con la normativa urbanística, y ello por cuanto las estaciones-base podrían ser admitidas con fundamento en el art. 2.2.22.3 del nuevo PGOU y si se cumpliera la Ordenanza de 30-5-2001, en concreto la presentación del programa de implantación, con lo cual en última instancia la resolución, dictada en flagrante incumplimiento del procedimiento, al no haberse dado trámite de audiencia, tampoco habría resultado acertada, pues conforme al art. 196.b) de la LUA habría cabido una legalización, solicitando una nueva licencia con aportación del correspondiente programa de implantación. Al menos, una vez concedido el trámite de audiencia, la recurrente podría haber dado razones al respecto, como dice el TS en sentencia de 24-6-1997, lo cual habría podido cambiar los términos de la resolución incluso aceptando en su integridad los fundamentos legales del Ayuntamiento para denegar la licencia— fundamentos aceptados por este Juzgado en numerosas sentencias de septiembre y octubre de 2002—.

Conviene hacer una breve referencia a sí la falta de audiencia se podría entender subsanada en vía de recurso administrativo o judicial, recordando la STC 246/2000 de 16-10, que cita otras muchas anteriores cuando dice, con relación a la falta de prueba, «Y de otro lado, quien en la vía del amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse admitido y practicado la prueba objeto de la controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, 147/1987, de 25 de septiembre, 50/1988, 357/1993 y 1/1996, por todas), ya que sólo en tal caso —comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado—, podrá apreciarse también el menoscabo

efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8; 1/1996, FJ 3; 170/1998, FJ 2, y 37/2000, FJ 3), habiéndose hecho parecidas consideraciones por este Juzgado en numerosas ocasiones, siempre con base en una doctrina «material» sobre la indefensión, en la que si bien no es preciso acreditar con plena seguridad que hubiera sido diferente el pleito —en cuyo caso se estaría trasladando al momento judicial la determinación de la necesidad de audiencia, que debe ventilarse en vía administrativa, con el consiguiente efecto de justificar «a posteriori» la no celebración de los trámites de audiencia con su correspondiente práctica de pruebas en vía administrativa, cualquiera que fuese el motivo o justificación para ello, pues la negativa se justificaría siempre en el acierto de la decisión, que no se determinaría hasta la vía judicial— sí que es necesario demostrar que habría habido posibilidades de que hubiesen cambiado las cosas. En este caso, y las sentencias de este Juzgado pueden ser prueba de ello, la confirmación de las resoluciones denegatorias de la licencia lo es con base en la ordenanza de 30-5-2001, y la misma no habría impedido de forma absoluta la legalización de las antenas sino que habría obligado a solicitar las licencias con la presentación simultánea o previa del programa de implantación. Por ello, se puede considerar que se ha causado indefensión material a la recurrente, lo que obliga a anular la resolución también por este motivo, siendo de referir las sentencias de Madrid de 27-6-2000, 23-11-2000 ó de 11-5-2000 y TSJ de Castilla-León, Valladolid, de 22-12-1997.

En consecuencia, también se habría producido una efectiva indefensión de la recurrente.

CUARTO.— No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, al no haberse apreciado temeridad o mala fe, conforme al art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Que estimando en su totalidad el recurso interpuesto por R.M., S.A. contra el acuerdo de la Alcaldía— Presidencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 25-1-2002 por el que se ordenó, en restablecimiento de la legalidad urbanística, retirar diversas estaciones-base de telefonía móvil, entre ellas las de la recurrente en: 1) c/ Fray Luis Urbano; 2) Camino de las Torres; 3) Avda. Tenor Fleta; 4) General Mallandía; 5) Calanda; 6) Pº Duquesa Villahermosa; 7) Alcañiz; 8) Corona de Aragón; 9) Pza. San Francisco; 10) Alicante; 11) Bruselas; 12) Pablo Ruiz Picasso; 13) Valle de Oza; 14) Reyes de Aragón, con apercibimiento de ejecución subsidiaria a su costa, así como se ordenó la suspensión del suministro eléctrico, a fin de garantizar el cumplimiento de la resolución, debo declarar y declaro la nulidad del mismo en su totalidad, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.