

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección Tercera

ROLLO DE APELACIÓN DE AUTO nº 84/2019

Recurso contencioso-administrativo nº 192/2018

Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Girona

Parte apelante: - - - - -

Partes apeladas: Ayuntamiento de Girona ..

S E N T E N C I A núm. 1634

Ilmos/a Sres/a Magistrados/a:

D. Manuel Táboas Bentanachs

Dña. Isabel Hernández Pascual

D. Héctor García Morago

Barcelona, a dos de junio de dos mil veinte.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el rollo apelación arriba expresado, seguido en materia de **urbanismo** a instancia

de [redacted] io, en su cualidad de parte apelante, representado por la procuradora Dña. María Carmen Fuentes Millán; siendo parte apelada el Ayuntamiento de Girona, y [redacted] s, S.L., representado el primero por el procurador D. Ignacio de Anzizu Pigem.

En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma Sra. Magistrada Doña Isabel Hernández Pascual.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Girona y en los autos 192/2018, se dictó Auto de fecha 31 de octubre de 2018, con el nº 172, con la siguiente parte dispositiva:

*“Se deniega la medida cautelar de suspensión interesada.
Se imponen las costas a la parte recurrente de conformidad con el artículo 139 de la LJCA”.*

2º.- En la vía del recurso de apelación, recibidas las actuaciones correspondientes y habiendo comparecido la parte apelante finalmente se señaló día y hora para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación tiene por objeto la pretensión de D. [redacted] parte apelante, de que se revoque el Auto apelado, y se le conceda la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del decreto de la alcaldesa de Girona, de 7 de mayo de 2018, que estimó en parte el recurso de reposición interpuesto por el aquí apelante contra el Decreto de 12 de diciembre de 2017, por el que se resolvió el procedimiento de protección de la legalidad urbanística incoado en su contra en relación con la finca de la calle [redacted], en

el sentido de ratificar la orden de retirada de la antena de radioaficionado instalada en esa finca, y estimar la alegación de prescripción de la acción de restauración respeto de las construcciones existentes en dicha parcela.

SEGUNDO.- El Auto apelado denegó la medida cautelar de suspensión de los Decretos expresados, con el breve y muy resumido argumento de que no podía entenderse acreditado que su ejecución pueda ser causa de un perjuicio irreparable, *“y ello porque el actor no acredita ni mínimamente el perjuicio que la ejecución del acto administrativo le irroga”*, a lo que únicamente añadió en relación con el caso que nos ocupa que *“tampoco queda acreditado cuál es el perjuicio para el interés particular del recurrente. Ante la orfandad probatoria debe prevalecer el interés general de cumplimiento de la legalidad, y, en concreto, de la normativa urbanística vigente y aplicable en el Ayuntamiento de Girona”*.

En el Auto no se recoge ni siquiera sumariamente lo dispuesto en los Decretos recurridos, ni las alegaciones de las partes.

Frente a ellos la apelante recoge en su escrito de apelación lo dispuesto por dichos decretos, en los que se ordenaba la retirada de la antena de radioaficionado que se encuentra instalada en una finca de su propiedad, cuestionado el Auto apelado por las siguientes razones: a) Se le causa un perjuicio de difícil reparación como consecuencia lógica de la retirada de la antena de radioaficionado y de los servicios que recibe a través de la misma, de televisión, teléfono, ...; b) la suspensión de la ejecución de esa orden no ha de causar daño al interés general; y c) la apariencia de buen derecho de las pretensiones de esa parte por prescripción de la acción de restauración de la realidad alterada con la instalación de la antena de radioaficionado.

El Ayuntamiento se opone a la apelación alegando que no se hace crítica del Auto apelado, el cual, a su entender, pondera debidamente los intereses en conflicto, valorando que la antena de radioaficionado se ha instalado sin licencia urbanística en suelo calificado como espacio libre de

edificación y sin cumplir las previsiones del Plan especial urbanístico regulador de elementos y servicios de telecomunicaciones en el término municipal de Girona en lo referente a las condiciones de instalación y localización, artículo 19, en relación con el 28 del citado texto normativo; además de apreciar que la ejecución de los Decretos impugnados no hará perder al recurso su finalidad.

La coapelada, S.L., alega que la apelante sólo acredita el coste de desmontar la antena por importe de 800 euros, fácilmente reparable por el Ayuntamiento, y que no aporta prueba que acredite la prescripción de la acción de restauración de la legalidad urbanística.

TERCERO.- No puede aceptarse que en la apelación no se haga crítica del Auto, pues se alega que éste no toma en consideración los perjuicios inherentes a la retirada de la antena de radioaficionado, así como la alegada apariencia de buen derecho por la prescripción de la acción de restauración de la legalidad urbanística, y la falta de afectación del interés general, siendo de reconocer que en el Auto ni siquiera se cita el contenido de la orden recurrida de retirada de la antena de radioaficionado para ponderar la posible pérdida de finalidad del recurso por su ejecución inmediata, ni los perjuicios alegados como irreparables por la apelante como consecuencia de la pérdida de otros servicios conexos al de las emisiones de radio, tales como televisión y teléfono; así como que tampoco toma en consideración la prescripción de la acción de restauración de la legalidad urbanística y su posible prosperabilidad, por lo que procede entrar a resolver sobre las cuestiones planteadas por la apelante.

CUARTO.- Por lo que hace al alcance y cuantía de los perjuicios asociados a la ejecución de la orden de retirada de la antena de radioaficionado no puede aceptarse la alegación de la coapelada de su posible reparación por razón de la cuantía y naturaleza económica, pues, caso de que los perjuicios ascendieran a 800 euros, con toda probabilidad esa parte hubiese alegado la inadmisibilidad del recurso de apelación por razón de la

cuantía.

QUINTO.- Es evidente, y así, además, lo alega la apelante, que la retirada de la antena le ha de causar los perjuicios inherentes a la pérdida de los servicios de radioaficionado y sus conexos, o recibidos a través de la radio, de cuantía no determinada y no reparables en especie, ya que su pérdida tan sólo podría compensarse con una indemnización, y no con la recuperación de los servicios que reciba a través de esa antena.

En atención a que en el Auto apelado no se recoge el contenido de los decretos recurridos, ni las alegaciones de las partes a las que los mismos se refieren, ni los argumentos del recurso de reposición, estimado en parte por uno de los decretos recurridos, se solicitó, a fin de resolver con conocimiento de causa, el expediente administrativo para tener acceso a dichos decretos y alegaciones.

No puede aceptarse la falta de prueba de daños irreparables consiguientes a la ejecución de la orden de retirada de la antena, pues el apelante perderá la posibilidad de emitir y recibir comunicaciones por radiodifusión, y en relación con los servicios que dice recibir a través de esa antena de radiodifusión, como teléfono y televisión, tampoco puede obviarse las alegaciones de esa parte, no contradichas por las apeladas, de que el ámbito en el que se ubican las construcciones a que se refería el primer decreto impugnado, y en las que se ubica la antena, carecen o se encuentran pendientes de completar servicios urbanísticos, no alegándose, ni tampoco negándose por el Ayuntamiento, que uno de los servicios omitidos sea la línea de teléfono y servicios conexos como los de internet.

SEXTO.- Como se ha dicho, debe aceptarse que la ejecución de la orden de retirada de la antena comportará la pérdida de la posibilidad de emitir y recibir comunicaciones radiofónicas, lo que obliga a ponderar si tal perjuicio, en atención a las circunstancias del caso y los intereses públicos y privados concurrentes, aconsejan la suspensión cautelar pretendida, o la desestimación de la apelación, y su denegación para que se proceda a la

inmediata ejecución de la orden de retirada de la antena de radioficionado en interés público.

Nada se dice en el Auto apelado sobre la apariencia de buen derecho de la pretensión actora, y las apeladas la niegan, alegando, por una parte, la correcta valoración de las circunstancias concurrentes y en concreto de un informe sobre la prosperabilidad de la acción de restauración de la legalidad urbanística por la ubicación de la antena sin licencia y su imposible legalización por la calificación del suelo y las condiciones establecidas por el planeamiento especial urbanístico para su instalación; y, por otra parte, la falta de cualquier prueba de la prescripción de esa acción.

No puede anticiparse en el ámbito de las medidas cautelares la resolución del recurso, debiendo estarse para ello a la prueba que la apelante anuncia que presentará en el recurso principal, si lo hace, y a la valoración de cuyo resultado, así como de la prueba que se presente por las otras partes, se haga en la sentencia que se dicte en el recurso principal.

A los solos efectos cautelares es de señalar que el Auto no valora el referido informe, ni ninguna de las pretensiones de las partes, siendo el argumento de la falta de licencia y la imposibilidad legalización de la antena propio y exclusivo de la parte apelada. La alegación de falta de toda prueba de prescripción, fue una de las razones que obligó a completar la pieza de medidas cautelares para tomar conocimiento de lo alegado y de la documentación presentada por la apelante en vía administrativa en la que fundamenta su pretensión cautelar.

De esa documentación resulta que además del anuncio por la apelante de que presentará prueba acreditativa de los años que lleva pagando las tasas correspondientes a la autorización administrativa para el uso del espectro radioeléctrico de la banda ciudadana --- autorización que presentó con sus alegaciones ---, que habrá de ser valorada en el recurso principal; esa parte también aportó un proyecto de legalización de una cubierta, con visado de

24 de noviembre de 1992, aceptado como real por el Ayuntamiento, en el que ya aparece un mástil de antena, pudiéndose apreciar la sombra de la misma sobre el tejado en foto aérea de 1999 en un informe del propio Ayuntamiento, - página 5 del informe de 13 de diciembre de 2017 - similar a la de la foto de 2017; que no acreditan que la apelante tenga licencia urbanística, lo que esa parte no defiende, sino la preexistencia de una antena similar a la actual ya en 1992.

En el ámbito provisional y de limitado conocimiento de las medidas cautelares no se puede resolver sobre las cuestiones de fondo, ni, sobre la alegada en este caso, prescripción de la acción de restauración; sin embargo cabe valorar que se aporta un principio de prueba sobre tal alegación, en atención a la cual los perjuicios alegados, e inherentes a la retirada de la antena de radioaficionado en unos terrenos que no se acredita dispongan de servicios urbanísticos completos, pueden considerarse suficientes para acceder a la suspensión de la orden de retirada de la antena de radiodifusión hasta que se dicte sentencia en el recurso principal, y la consiguiente estimación del recurso de apelación.

SÉPTIMO.- A los efectos de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, no procede la condena al pago de las costas procesales causadas.

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 interpuesto a nombre de D. [REDACTED] contra el Auto arriba indicado del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Girona, dictado en autos 192/2018, **REVOCAR** el Auto apelado, y **ACCEDER** a la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del Decreto de 12 de diciembre de 2017,

A los anteriores efectos, deberá tenerse presente el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de fijación de reglas sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación (BOE nº 162, de 6 de julio de 2016).

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

a