



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00007/2022

Recurso de apelación número: 4227/2021

EN NOMBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D^a. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASEALES

D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

En la ciudad de A Coruña, a 17 de enero de 2022.

En el recurso de apelación que con el número 4227/2021 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por la procuradora D^a. MÓNICA GARCÍA MONTERO, en nombre y representación de ORANGE ESPAGNE, S.A.U., asistida por el Letrado D. JOSÉ LUIS PÉREZ-CAMPOAMOR OREJAS, contra el auto de 27 de mayo de 2021 dictado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Vigo, en el Procedimiento Ordinario 153/2021 por el que se denegó la medida cautelar de suspensión de la orden de cese del uso definitivo de la caseta de instalaciones de telefonía en Isaac Peral 8 de Vigo.

En el que es parte apelado el CONCELLO DE VIGO, representado por la Procuradora D^a. BEGOÑA MILLÁN IRIBARREN y defendido por el Letrado Consistorial D. XESUS COSTAS ABREU.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- De la resolución recurrida.

El objeto del presente recurso de apelación es el auto de 27 de mayo de 2021 dictado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Vigo, en el Procedimiento Ordinario 153/2021 por el que se denegó la medida cautelar de suspensión de la orden de cese del uso definitivo de la caseta de instalaciones de telefonía en Isaac Peral 8 de Vigo por parte de su titular ON TOWER TELECOM INFRAESTRUCTURAS, S.A. y todas aquellas entidades que la usan.

SEGUNDO.- De los motivos del recurso de apelación esgrimidos por la recurrente, ahora apelante.

Por la entidad recurrente fundamenta el recurso en que el interés público defendido por el Ayuntamiento de Vigo no supera el interés público de la demandante en la prestación de un servicio esencial.

Después de señalar que no tuvo intervención alguna en el expediente tramitado con anterioridad al dictado de la resolución impugnada, pese a ser el Ayuntamiento concedor de que presta el servicio a través de la referida instalación, fundamenta el recurso en los siguientes motivos:

a) el auto valora erróneamente el periculum in mora en los aspectos relevantes cual es el perjuicio para la actividad de la recurrente y la afectación de su imagen.

Señala que la antena no es una instalación aislada sino que forma parte de una red de estaciones que son necesarias para ofrecer la cobertura que exige la prestación del servicio que, a su vez, resulta imprescindible para servicios de empresas y clientes, pero también afecta al servicio de emergencias (llamadas al 112) servicios de geolocalización (utilizado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) por lo que se estaría dejando sin cobertura a un área muy relevante de la ciudad.

Denuncia que el auto omite toda referencia al daño a la imagen de la operadora y la pérdida de clientes irreparable por los defectos del servicio, que es valorada en otras resoluciones judiciales (St. TSJ País Vasco de 10 de marzo de 2011, T.S. de 16 de marzo de 1.999, Castilla-León de 28 de junio de 2002).





ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

b) pondera incorrectamente los intereses en conflicto.

Señala que la instalación lleva muchos años funcionando, durante los que hubo varios intentos de legalización infructuosos, pero el mero cese del uso en nada repercute sobre la legalidad urbanística, produciendo un perjuicio innegable, notorio e irreparable a la prestación de un servicio de interés general y hoy esencial para la ciudadanía.

c) vulnera el fumus boni iuris.

Repitiendo las alegaciones mantenidas con ocasión de la petición de la medida cautelar afirma que se dictó una orden de cese y retirada de la instalación que le afecta sin darle el trámite de audiencia y pese a la existencia de una comunicación previa presentada en 2017, sin que se hubiere declarado su ineficacia y cuando se había iniciado el procedimiento de legalización.

En atención a lo expuesto termina interesando la revocación del auto recurrido accediéndose a la medida cautelar de suspensión interesada.

TERCERO.- De la oposición al recurso por el Ayuntamiento de Vigo.

En su escrito de oposición el Ayuntamiento advierte que el recurso trata de prejuzgar el fondo del asunto, señalando que las operadoras de telefonía han llevado a cabo muchas actuaciones por vía de hecho y la argumentación del recurso parece concluir que su actividad está por encima de la normativa urbanística.

Señala que en el acto recurrido, de la que se le dio traslado por ser interesada en la misma a pesar de no ser titular de la infraestructura, no resuelve nada sobre la ejecución forzosa de la orden de cese o retirada de las instalaciones, que el Ayuntamiento mantiene el criterio de no acudir a la ejecución subsidiaria mientras pendan recursos jurisdiccionales, por lo que denuncia que la petición cautelar resulta prematura, por lo que después de referir que la Ordenanza de Telecomunicaciones ya fue objeto de un recurso directo desestimado y confirmada la sentencia por el T.S. termina interesando la desestimación del recurso.

CUARTO.- Señalamiento para votación y fallo.

Por providencia de esta Sala se señaló el presente recurso de apelación para votación y fallo el 13 de enero de 2022.



Ha sido ponente de la presente sentencia el Magistrado Julio César Díaz Casales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos del auto recurrido en apelación.

PRIMERO.- De los requisitos para la procedencia de la medida cautelar de suspensión.

Aun a riesgo de resultar reiterativos con el auto recurrido, con carácter previo a la resolución del recurso conviene dejar sentados los presupuestos generales para la adopción de las medidas cautelares, conforme a constante doctrina jurisprudencial.

De conformidad con lo dispuesto en los Arts. 129 y ss. de la LRJCA la adopción de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo requiere que el recurso, de no otorgarse, pudiera perder su legítima finalidad, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas prácticamente irreversibles haciendo ineficaz la sentencia e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos. No obstante, aún concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse cuando se aprecie que, de adoptarse, habría de producirse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que, en definitiva, obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en conflicto.

Así en términos realmente expresivos el T.C. tiene establecido que las mismas han de tender a asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso (ST. 14/1992 de 10 de febrero) pero como también advierte la jurisprudencia, con ocasión de la medida cautelar no cabe prejuzgar la cuestión de fondo, así en la St. de 16 de febrero de 2001 (Ref. el derecho 2001/15513) señaló "...La apariencia de buen derecho... requiere, según reiterada jurisprudencia, una prudente aplicación, lo que significa que, en general, sólo quepa considerar su alegación como argumento de la procedencia de la suspensión cuando el acto o disposición impugnada haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general previamente declarada nula o cuando se impugna acto o disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados...".





SEGUNDO.- De la aplicación de los mismos al presente caso.

En primer lugar la apelante denuncia que el Auto dictado no tiene en cuenta ni el perjuicio que para la recurrente supone la imposibilidad de prestación de servicio ni la afectación de su imagen comercial.

El hecho de que no se mencionen tales alegaciones en el auto no determina que se desconozcan, es más nos inclinamos a pensar que esas afectaciones son evidentes. Pero no revisten suficiente entidad como para permitir el mantenimiento de una situación de prestación de servicio o, mejor dicho, la realización de una actividad son contar con los correspondientes títulos habilitantes, porque nadie niega que la instalación carece de licencia y por ello la resolución de la petición de suspensión ha de partir de un principio generalmente aceptado, cual es que no cabe acoger pretensiones cautelares que tiene un efecto equivalente al otorgamiento de una autorización que fue denegada en vía administrativa, porque sería tanto como otorgar provisionalmente lo que fue objeto de denegación. Y en este caso la recurrente admite que la instalación lleva varios años funcionando y que ninguno de los intentos de legalización culminó exitosamente.

Así lo señala la St. del TSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 2021 (recurso 1605/2021) en relación también con una instalación de telefonía:

"...es doctrina unánime y reiterada de esta Sala la no suspensión de órdenes de cierre o precinto de actividades que carecen de la necesaria licencia de actividad o medio ambiental, pues el otorgamiento de tal medida supondría en la práctica una concesión provisional de la licencia o autorización sin el conocimiento previo de las circunstancias de la instalación, sin proyecto, sin informes y por tanto sin análisis de su incidencia sobre bienes jurídico(s) protegibles (salud, descanso, seguridad, etc.). Por otro lado no es comparable por analogía la situación de carecer de licencia específica de actividad...con la de carecer de una licencia de obras, siendo las obras de carácter estático y la suspensión de su derribo aconsejable fundamentalmente para poder acreditar su fecha de construcción a los efectos de una posible prescripción de la infracción, circunstancia indiferente en materia de actividades sin licencia que, por su carácter dinámico y continuado, es susceptible de intervención administrativa ininterrumpida, además de que no se ha ordenado el desmantelamiento de toda la instalación sino el cese de la actividad..."

Es evidente que la imagen de la recurrente se puede resentir ante la imposibilidad de prestar el servicio a sus clientes. Pero esta circunstancia no puede legitimar una prestación del servicio sin someterse a las exigencias de la



normativa urbanística, que exige unas autorizaciones de las que no se discute que la estación de telefonía carece.

Tampoco el carácter esencial del servicio y el hecho de que en la actualidad se haya convertido en imprescindible para la ciudadanía y necesario para el funcionamiento de servicios básicos (alguno tan relevante como el de emergencias) pueden justificar su desenvolvimiento al margen de las exigencias urbanísticas cuando, de ordinario, la profesionalidad de los prestadores y el conocimiento de la normativa, exige de estos que se atemperen a los condicionantes impuestos por la ordenación urbanística, además de la sectorial. En este caso, conviene advertirlo, la propia recurrente admite que fueron varios los intentos de legalización frustrados. Por lo que no cabe alterar el principio general anteriormente enunciado, de que no cabe conceder provisionalmente a través de la medida cautelar lo que fue denegado expresamente por no ajustarse a la normativa. Al margen de que el Ayuntamiento admita en su oposición a la apelación que mantiene el criterio de no ejecutar el cese en tanto se mantenga la impugnación judicial de lo acordado, lo que podría incidir en la urgencia de la adopción de la medida cautelar pero no cuestionar la oportunidad de su petición.

Por último, tampoco la alegación relativa a la apariencia de buen derecho puede tener favorable acogida habida cuenta de que, como anteriormente señalamos, este criterio ha de ser aplicado de forma prudente y en el presente caso se trata de una alegación -la falta de trámite de audiencia o el dictado de la orden durante la pendencia de un proceso de legalización- que ha de ser por vez primera examinada en el seno del recurso principal por lo que, en definitiva, no puede resultar determinante para el otorgamiento de la medida y la revocación del auto recurrido, por lo que también este motivo ha de ser desestimado y con él la totalidad del recurso.

TERCERO. - Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 139 de la LRJCA en los recursos de apelación las costas se impondrán al recurrente sí se desestima totalmente el recurso, por lo que en el presente caso procede su imposición al apelante, si bien haciendo uso de la facultad conferida en el referido precepto se estima prudente reducirla a la cantidad de 300 € por lo que a los honorarios de abogado y derechos de procurador se refiere.

Vistos los preceptos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación





FALLAMOS: Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D^a. MÓNICA GARCÍA MONTERO, en nombre y representación de ORANGE ESPAGNE, S.A.U., contra el auto de 27 de mayo de 2021 dictado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Vigo, en el Procedimiento Ordinario 153/2021 por el que se denegó la medida cautelar de suspensión de la orden de cese del uso definitivo de la caseta de instalaciones de telefonía en Isaac Peral 8 de Vigo, **CONFIRMANDO ÍNTEGRAMENTE EL MISMO**, con imposición de costas a la parte recurrente hasta el límite de 300 €.

Contra esta Sentencia podrá interponerse recurso de casación bien ante este Sala bien ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. que, conforme a lo dispuesto en el Art. 86 de la LRJCA, habrá de prepararse mediante escrito, que habrá de reunir las condiciones exigidas en el Art. 89.2 de la misma Ley, presentado ante esta Sala en el plazo de 30 días desde su notificación.

Notifíquese la presente resolución a las partes, remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia y archívese el presente rollo.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 VIGO

AUTO: 00074/2021

JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 2 DE VIGO

Modelo: N02500
C/ LALIN N° 4, PISO 5° EDIFICIO N°2
Teléfono: 986 817860/72/61 **Fax:** 986 817873
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MV

N.I.G: 36057 45 3 2021 0000288
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000153 /2021 /
Sobre: ADMON. LOCAL
De D/Dª: ORANGE ESPAGNE, S.A.U.,
Abogado: JOSE LUIS PEREZ-CAMPOAMOR OREJAS
Procurador D./Dª:
Contra D./Dª XERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO, ON TOWER TELECOM , TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO, ,
Procurador D./Dª , JUAN JOSE MUIÑOS TORRADO , MARIA MERCEDES PEREZ CRESPO

AUTO

En VIGO, a trece de diciembre de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se tramita a instancia de la representación procesal de D./Dª. ORANGE ESPAGNE, S.A.U., contra XERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO, ON TOWER TELECOM , TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U .

SEGUNDO.- En dicho recurso, y, por resolución, de fecha 22.10.2021, se concedió a la parte recurrente el plazo que le restaba para formular la demanda.

Transcurrido este plazo, por Decreto de fecha 26.11 21, se le caducó el plazo para la presentación de la demanda, que le fue notificado el 29.11.21. en dicho decreto se le advertía que de no presentarla dentro del plazo que establece el art. 128.1 de la LJCA, se le tendría por perdido el trámite.

Consta notificado el Decreto el día 29.11.2021, sin que a día de hoy haya presentado escrito alguno

FUNDAMENTOS DE DERECHOS



PRIMERO.- Dispone el art. 52 que recibido el expediente administrativo en el Juzgado o Tribunal y comprobados, y en su caso completados, los emplazamientos, por el Letrado de la Administración de Justicia se acordará que se entregue al recurrente para que se deduzca la demanda en el plazo de veinte días, salvo que concurra alguno de los supuestos del Art. 51, en cuyo caso dará cuenta al tribunal para que resuelva lo que proceda. Cuando los recurrentes fuesen varios y aunque no actuasen bajo una misma dirección, la demanda se formulará simultáneamente por todos ellos. La entrega del expediente se efectuará en original o copia.

Añade el apartado 2 de dicho artículo que si la demanda no se hubiera presentado dentro del plazo, el Juzgado o Sala, de oficio, declarará por auto la caducidad del recurso.

En el presente caso, por resolución, de fecha 22.10.2021, se concedió a la parte recurrente el plazo que le restaba para formular la demanda.

Transcurrido este plazo, por Decreto de fecha 26.11.21, se le caducó el plazo para la presentación de la demanda, que le fue notificado el 29.11.21. en dicho Decreto se le advertía que de no presentarla dentro del plazo que establece el art. 128.1 de la LJCA, se le tendría por perdido el trámite.

Consta notificado el Decreto de caducidad el 29.11.2021, sin que a día de hoy haya presentado escrito alguno, por lo que procede el archivo del procedimiento por caducidad, de conformidad con el art 52.2 de la L.J.C.A

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO:

- **DECLARAR LA CADUCIDAD** del recurso contencioso-administrativo interpuesto por ORANGE ESPAGNE, S.A.U., contra XERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO, ON TOWER TELECOM, TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U al haber perdido el trámite para formular la demanda por caducidad.

La terminación del procedimiento y su archivo, previa devolución del expediente administrativo al organismo de origen, una vez firme esta resolución.

MODO DE IMPUGNACIÓN:



Recurso de reposición en el plazo de **CINCO DÍAS** a contar desde el siguiente al de su notificación, que deberá ser interpuesto ante este mismo Órgano Judicial.

Lo acuerda y firma el Ilm. Sr. Don. MARCOS AMBOAGE LOPEZ MAGISTRADO-JUEZ del XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 de VIGO. Doy fe.

EL MAGISTRADO-JUEZ

LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

