

SENTENCIA N.º 42/2019

En BILBAO (BIZKAIA), a siete de marzo de dos mil diecinueve.

La Sra. D.^a OLATZ AIZPURUA BIURRARENA, MAGISTRADA del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de BILBAO (BIZKAIA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 137/2015 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: Decreto nº 698/15 del Ayuntamiento de Erandio que confirma al Decreto nº 124/2015 por el que se ordena la calusura de la actividad de Bar-Restaurante AITKERI, sito en Altzaga-Erandiogoikoa Errepidea nº 45..

Son partes en dicho recurso: como recurrente PALACIO TORRE DE ARRIAGA S.L., representado por la Procuradora ISABEL SOFIA MARDONES CUBILLO y dirigido por el Letrado JOSE ANGEL ESNAOLA HERNANDEZ; como demandada AYUNTAMIENTO DE ERANDIO, representado por la Procuradora IDOIA MALPARTIDA LARRINAGA y dirigido por la Letrada PAULA SANZ OCHOANTESANA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la mercantil PALACIO TORRE DE ARRIAGA SL se ha planteado recurso contencioso administrativo contra Decreto del Ayuntamiento de Erandio nº 698/2015 24-04-15 que confirma el Decreto 124/2015 en el que se ordena la clausura de la actividad de bar-restaurante AITKERI.

Admitida la demanda, se ha seguido por el trámite del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente recurso tiene por objeto la impugnación de la resolución administrativa en la que se ordena la clausura total del bar restaurante AITKERI.

La demandante fundamenta su pretensión en lo siguiente:

El bar restaurante viene funcionando bajo el amparo de licencia de actividad del Ayuntamiento de Erandio desde hace más de dos décadas de forma pública notoria y pacífica. Se encuentra abierto al público desde 1992 fecha en la que el Ayuntamiento le concedió licencia municipal de actividad. Desde entonces el local ha permanecido en funcionamiento sin que en ningún momento se haya caducado dicha licencia de actividad, que fue transmitida a la mercantil demandante en el año 2014 cuando la misma adquirió la titularidad del negocio dando trabajo

hasta 55 trabajadores en la temporada alta en la que se ha especializado en local a lo largo de su trayectoria. El Ayuntamiento ha pasado a dictar sorprendentemente en 2015 y contradiciendo respecto al funcionamiento de la actividad, la clausura inmediata y total pero no por razón de que pudiera existir ningún expediente de restauración de la legalidad urbanística afectada por el funcionamiento del local. Y es que el uso del bar restaurante fue concedido mediante licencia de actividad por ser compatible con el planeamiento urbanístico vigente a dicha fecha.

El uso de bar restaurante en 1992 complementario del uso residencial previsto para la parcela del caso, que entonces tenía la consideración del suelo no urbanizable. Sin perjuicio del mantenimiento de dicho uso residencial a lo largo del tiempo, lo cierto es que la parcela ha sido urbanizada en estos 26 años.

Debe precisarse que la orden de clausura impugnada no fue dictada al amparo de los artículos 219 a 221 de la Ley del Suelo, sino invocando un título ambiental derivado de la previsión contenida en el artículo 65 de la Ley General de Protección de Medioambiente del País Vasco.

Desde el momento en que el Ayuntamiento de Erandio reconoció que el bar restaurante había obtenido en 1992 licencia de actividad para tal uso, debe reputarse nula, sin necesidad de un debate de fondo, una orden municipal que ordena la clausura de toda la actividad incluida la parte amparada por la licencia en su día concedida y no caducada.

En segundo lugar se solicita la nulidad de la orden de clausura total y permanente del local, por la lesión de la garantía al debido procedimiento administrativo de legalización que el artículo 65.1 de la Ley General de Protección del Medioambiente establece, antes de poder dictarse una orden de clausura.

En tercer lugar solicita la nulidad de la orden de clausura porque vulnera los principios de confianza legítima y buena fe y muestra de una arbitrariedad vedada a los poderes públicos. En conexión con lo anterior, se opone como cuarto motivo el derivado de la doctrina de los actos propios de la administración, que se deriva de que la licencia de actividad fue transmitida de su inicial titular Sr Rementería a la mercantil demandante, que ahora explota el local, con la sola comunicación al Ayuntamiento, sin que el mismo hubiera exigido como condición previa para ello el cumplimiento de la condición impuesta de que previamente hubiera tenido que adaptar el local a las condiciones impuestas por la inicial licencia de actividad concedida en 1992.

En quinto lugar solicita la nulidad de la resolución, que tiene como presupuesto la clasificación de la parcela como suelo rústico, derivada de las normas subsidiarias de 1993 por aplicación de la preeminencia material que sobre tal formalismo, en la que se basa toda la argumentación municipal, tiene la condición de suelo urbano, como por la supremacía normativa que tiene el artículo 52 de la Ley del Suelo sobre las Normas Subsidiarias, que establece que la parcela donde se ubica la actividad ya no puede mantener la clasificación de suelo rústico, sino la de urbanizable.

Solo después de haberse incoado y resuelto un expediente de legalización podría haberse acordado la clausura, pero no cabe acordar la misma de forma total cuando a la vez se aprecia la existencia de una previa licencia. Se ha demostrado que existe cuando menos compleja situación jurídica, prolongada en el tiempo, donde no puede establecerse a priori que la intensidad de uso cuestionada, de confirmarse, no pudiera ser legalizado.

En base a lo anterior solicita que se declaren nulos los actos administrativos impugnados y se reconozca su derecho a que el Ayuntamiento de Erandio antes de incoar un expediente de clausura total o parcial de la actividad de bar restaurante, tendrá que incoar y resolver previamente un expediente de legalización de dicha actividad conforme a procedimiento previsto en el artículo 65 de la Ley General de Protección de Medioambiente del País Vasco. Igualmente se solicita que la sentencia reconozca el derecho del demandante a acceder a dicha legalización bajo el régimen jurídico que se establezca expresamente en el fallo de la sentencia, para lo cual solicita la aplicación de la normativa municipal bien propia del suelo urbano o la derivada del vigente Plan Territorial Parcial del Bilbao Metropolitano, sin que las vigentes normas subsidiarias de planeamiento municipal de 1993 puedan ser aducidos por el Ayuntamiento como obstáculo a dicha legalización, que podrá incluso ser admisible mediante la figura de usos provisionales, en tanto en cuanto el Ayuntamiento no tenga aprobado definitivamente un nuevo planeamiento urbanístico municipal adaptado de forma integral a la Ley de Suelo y Urbanismo del País Vasco.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento de Erandio se opone a la demanda. Fundamenta resumidamente sus alegaciones en lo siguiente: es cierto que en el año 1992 se concedió inicialmente licencia de actividad para la instalación de un bar restaurante, pero se establecía como condición que tenían adoptarse las medidas correctoras que se le habían exigido. Por tanto, la licencia de actividad no llegó a concederse puesto que el otorgamiento de la misma se condicionó a la adopción de una serie de medidas correctoras.

La actividad de bar restaurante no puede legalizarse. En primer lugar porque supera la edificabilidad permitida para uso hostelero en suelo no urbanizable, incumpliendo las normas subsidiarias de planeamiento municipales, debido a que se amplió la superficie del edificio deliberadamente sin la preceptiva licencia municipal en varias ocasiones. En definitiva la licencia que en su día se iba a otorgar no da amparo legal a la actividad que hoy en día se ejerce.

El Ayuntamiento de Erandio ha tramitado el expediente administrativo al amparo de la Ley General de Medioambiente que en su artículo 65.1. b) prevé la clausura de la actividad que no pueda que no pueda legalizarse por incumplimiento de la normativa sectorial vigente o de las ordenanzas municipales correspondientes. Y la Ley del Suelo en los artículos 219 y siguientes regula el procedimiento a seguir para las actuaciones clandestinas.

No se acepta que se haya desarrollado la actividad de bar restaurante de forma pacífica en el tiempo. En reiteradas ocasiones el Ayuntamiento ha puesto de manifiesto al demandante la ilegalidad de la actividad, pero además tampoco se ha ejercido esa actividad de forma ininterrumpida. Estuvo funcionando durante varios años, el anterior titular presentó un escrito ante el Ayuntamiento poniendo de manifiesto que el 23 de diciembre de 2008 se iba a proceder al cierre de la actividad. Consta en el expediente administrativo el informe de la policía municipal de Erandio que giró visita de inspección a las instalaciones y constató que el restaurante no ejerce actividad desde el mes de enero del año 2009. El expediente administrativo se abre por la reapertura del restaurante en septiembre del año 2012. En cualquier caso, aunque se hubiera desarrollado la actividad de forma permanente, es una cuestión irrelevante para la resolución de este procedimiento.

Así, la tolerancia municipal de aceptar el ejercicio de una actividad, no puede ser equivalente al otorgamiento de la correspondiente autorización municipal.

Aduce el demandante que el suelo sobre el que se asienta la actividad está clasificado como urbano y además cuestiona la aplicación de las normas subsidiarias de planeamiento municipal del año 1993, ya que la actividad se empezó a ejercer en el año 1992. Ante ello hay que señalar que no se puede tomar como fecha de inicio del año 1992 solo porque el demandante lo manifieste; la actividad cesó en el año 2009 y se volvió a iniciar en septiembre de 2012 y se colocó un toldo anunciando la próxima apertura del restaurante; en ese momento se requirió al Sr. Rementería para que se abstuviera de realizar dicha inauguración y de ejercer la actividad sin contar con la preceptiva licencia, razón por la cual el 21 de septiembre de 2012 se presentó en dos ocasiones solicitud de licencia de actividad. Al haberse efectuado esta solicitud en el año 2012 la normativa de aplicación es la vigente en aquel momento, y la constituyen las normas subsidiarias del año 1993.

El suelo en el que está instalada esa actividad es un suelo no urbanizable siendo disconforme a derecho el desarrollo de la actividad en los términos en los que se está llevando a cabo, debiendo prevalecer el interés público recogido en el plan respecto al interés particular de ejercer una actividad clandestina.

La arquitecta municipal en informe de 29 de octubre de 2012 señaló que se trata de suelo no urbanizable y calificado como rural agrícola ganadero. En un posterior informe del 22 de diciembre de 2014 se señala por la arquitecta que no puede entenderse como suelo urbano un entorno que no se encuentra integrado en la malla o trama urbana como es el caso.

En lo que a la resolución de este asunto concierne, hoy por hoy cuentan con plena vigencia las normas subsidiarias de planeamiento municipal del año 1993 y que en la actualidad, la forma en la que se desarrolla la actividad es incompatible con dicha normativa, sin que pueda aducirse que la actividad se puede amparar bajo el Marco legal del Plan Territorial Parcial de Bilbao Metropolitano, que no es posible.

TERCERO.- Expuestas las posiciones de las partes, resulta que la impugnación de la demandante se fundamenta en la consideración fáctica de que la actividad de bar-restaurante cuya clausura ha ordenado el Ayuntamiento, se ha venido desarrollando de forma ininterrumpida desde el año 1992 hasta la actualidad.

Pues bien, a este respecto, y del examen de las actuaciones, resulta lo siguiente:

Efectivamente, en el año 1992 en virtud de Decreto de Alcaldía 0333/92 de 13 de marzo, el Ayuntamiento concedió al solicitante Sr. Rementería licencia de actividad para la instalación de un bar-restaurante en el caserío Bidekurtze, si bien se condicionaba a que se adoptaran las medidas correctoras señaladas y que no se podía comenzar a ejercer la actividad sin que antes se giraran las visitas correspondientes de comprobación por los técnicos y se concediera la licencia de apertura. La licencia de apertura nunca se concedió, porque la actividad no se adaptaba al proyecto presentado, a pesar de ello restaurante entró en funcionamiento en 1.992.

El 16 de diciembre de 2008 el Sr. Rementería comunicó por escrito al Ayuntamiento que el 23 de diciembre de 2008 se iba a proceder al cierre de la actividad. Para comprobarlo, el 2 de febrero de 2009 la policía municipal giró visita de inspección y constató que el restaurante ya no ejercía actividad y estaba cerrado desde el mes de enero de 2009.

Años después, en septiembre de 2012, agentes de la policía municipal observan que se había colocado un toldo en el que se anunciaba la próxima inauguración del restaurante el 21 de septiembre, por lo que el Ayuntamiento hizo un requerimiento para que no se procediese a la apertura del restaurante hasta contar con la oportuna licencia de actividad. A continuación, el Sr. Rementería, procedió a solicitar licencia de actividad para bar-restaurante. A pesar del requerimiento, la actividad se inició.

Por Decreto de Alcaldía de 5 de diciembre de 2012 se acordó denegar la solicitud de licencia de actividad, en base a los informes técnicos emitidos y se otorgaba un plazo de audiencia de 10 días previo a la clausura de la actividad. Se formuló recurso de reposición.

Mediante decreto de Alcaldía de 14 de octubre de 2014 se apertura un nuevo expediente de clausura de actividad, que culmina con las resoluciones aquí impugnadas, en las que se ordena el cese de la actividad de bar-restaurante, señalando un plazo máximo de tres meses desde la firmeza de la citada orden.

A la luz de lo expuesto, no puede aceptarse que la actividad de bar-restaurante que desde el año 2012 desarrolla la demandante, haya sido continuada e ininterrumpida desde el año 1.992.

Sentado lo anterior y teniendo en cuenta en cuenta que en el año 1.992 se concedió una licencia de actividad condicionada al cumplimiento de determinados requisitos urbanísticos, habrá que concluir que la actividad ahora desarrollada sí puede legalizarse, siempre y cuando se cumplan esos requisitos.

En este sentido, habrá que concluir que la orden de cierre aquí impugnada, dictada al amparo de lo establecido en el art. 65.1. b) de la Ley de Medio Ambiente, no es ajustada a derecho toda vez que la actividad sí puede legalizarse, aunque deberá ajustarse, como se indica en la resolución recurrida a los parámetros de la licencia de actividad concedida y para ello, lo procedente no es acordar el cierre al amparo del art. 65.1.b) de la Ley de Medio Ambiente, sino requerir al titular

para que regularice su situación, concediéndole un plazo no superior a seis meses (art. 65.1.a)

CUARTO.- En materia de costas, a tenor del contenido del art. 139.1 de la LJCA y teniendo en cuenta la complejidad jurídica de la cuestión planteada, no se imponen costas.

Vistos los preceptos citados y los demás de particular y general aplicación.

FALLO

ESTIMO el recurso contencioso-administrativo planteado por la mercantil PALACIO TORRE DE ARRIAGA SL contra Decreto del Ayuntamiento de Erandio nº 698/2015 de 24-04-15 que confirma el Decreto 124/2015 en el que se ordena la clausura de la actividad de bar-restaurante AITKERI. Y en consecuencia, anulo dicha resolución y en su lugar, el Ayuntamiento deberá requerir al titular de la actividad para que regularice su situación, concediéndole un plazo no superior a seis meses.

Sin costas.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 4771.0000.00.0137.15, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.