

Euskal Autonomi Elkarteak Justizia  
Administrazioaren Ofizio Papera

Pañoel de Oficio de la Administración de Justicia en la  
Comunidad Autónoma del País Vasco

## JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 5 DE BILBAO (BIZKAIA)(E)KO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 5 ZK.KO EPAITEGIA

BARROETA ALDAMAR 10-5ª PLANTA - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016706

Fax: 94-4016987

N.I.G. / IZO: 48.04.3-11/002231

Procedimiento Origen / Jatorrizko Prozedura: Ordinario / Arrunta 356/2011

**Medida cautelar provisionalísima / Oso behin-behineko kautelazko neurria  
356/2011**

**Demandante / Demandatzailea:** ERREKALDEBERRIZ AUZO  
ELKARTEA  
**Representante / Ordezkaría:** JOSE ANGEL ESNAOLA  
HERNANDEZ

**Administración demandada / Administrazio demandatua:**  
AYUNTAMIENTO DE BILBAO  
**Representante / Ordezkaría:**

### ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:

RESOLUCION DEL AYUNTAMIENTO DE BILBAO DE 02-09-2011 POR LA QUE SE CONCEDE LICENCIA DE OBRAS DE DERRIBO DE LA EDIFICACION INDUSTRIAL SITA EN EL Nº 1 DEL CAMINO ITURRIGORRI BIDEA Y EN LA ESTRADA DE CALEROS Nº 2 (KUKUTXA III).

D./D<sup>o</sup>. AINHOA YURREBASO SANTAMARIA, Secretario del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de BILBAO (BIZKAIA).

**CERTIFICO:** Que en el recurso contencioso - administrativo número 356/2011, se ha dictado AUTO del siguiente contenido literal:

### AUTO 488/2011

D./D<sup>ña</sup>. ELENA GALAN RODRIGUEZ DE ISLA

En BILBAO (BIZKAIA), a veintitrés de septiembre de dos mil once.

### HECHOS

**PRIMERO.-** Por auto de fecha 21 de septiembre de 2011 se ha acordado en la pieza de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo, con carácter urgente, la suspensión de la resolución administrativa de fecha 2-9-2011.

**SEGUNDO.-** Se ha celebrado la comparencia para oír a las partes sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida cautelar, con el resultado que consta en el Acta levantada al efecto.

### RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** La presente pieza separada de medidas cautelares interesadas por la actora al amparo de lo prevenido en los arts. 129 y siguientes de la LJCA, tiene por objeto resolver sobre la suspensión de la ejecutividad de la resolución por la que se concede la licencia de obras para el derribo de la edificación industrial conocida como Kukutxa.

Se alega por la parte recurrente, en esencia, como fundamento de la medida cautelar solicitada, que concurre la apariencia de buen derecho, puesto que el acto recurrido permite un derribo de un edificio sede de un espacio cultural de interés general para los vecinos y vecinas del Bilbao de Rekalde, y con importante apoyo social, siendo así que sobre el mismo existía previamente una orden de ejecución y una propuesta de catalogación. La posterior autorización para su derribo, sería contraria a la normativa urbanística. Asimismo, alude la parte actora a la existencia de causa de nulidad de pleno derecho, como son las previstas en las letras e ) y f ) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya que se han omitido documentos y trámites esenciales como son los informes y resolución de la autoridad competente para determinar la protección patrimonial del espacio cultural que alberga el edificio, y el programa de gestión de residuos, de suerte que se está concediendo a los promotores una facultad, el derribo del inmueble que resultaría contraria a la incoación de expediente de protección. Sobre la protección patrimonial del espacio, existe pendiente de resolver la petición de calificación como bien de interés cultural no solo a nivel local, sino con la categoría autonómica de espacio cultural del proyecto cultural Kukutza, incluyendo no solo el edificio industrial que le sirve de base física, que por si mismo es un bien a preservar por su valor arquitectónico y patrimonial, dado que es uno de los últimos ejemplos del pasado industrial del barrio de Rekalde, sino el conjunto de actividades y creaciones que desarrollan en el mismo vinculadas a formas relevantes de la expresión de la cultura y modos de vida del pueblo vasco. Derribar la edificación sin esperar a la resolución de la reposición, además de la alarma y conflicto social, generaría perjuicios de todo punto irreparables.

Por otro lado, aduce la parte recurrente la inexistencia de perturbación grave para los intereses generales o de terceros de accederse a la medida cautelar, atendiendo al interés público sin necesidad de contracautelas. El estado actual en que el edificio se encuentra es buen estado de conservación, siendo sede de un importante número de actividades, equipamentales y sociales que benefician los intereses generales de la ciudadanía de Bilbao y especialmente de los vecinos y vecinas de Rekalde.

La Administración demandada se opone a la estimación de la medida cautelar interesada por considerar que no concurre la pérdida de la finalidad legítima del recurso. Entiende la Corporación demandada que el objeto impugnatorio del presente recurso está constituido por una licencia urbanística de derribo del inmueble que constituye un acto reglado, cuya concesión o denegación debe realizarse conforme al ordenamiento urbanístico vigente al tiempo de la solicitud y a dicha fecha no existe asignado ningún nivel de protección al edificio situado en calle Estrada Caleros nº 2, ni se ha tramitado ninguna propuesta concreta en relación a la protección del patrimonio, encontrándose el edificio en situación de fuera de ordenación expresa, ya que ocupa una porción del suelo que el PGOU califica como sistema local de zonas verdes. Por tanto, el perjuicio invocado no es real, sino puramente hipotético y además, aparece desconectado causalmente del acto que es objeto de impugnación, que consiste en la ejecución de unas obras concedidas al amparo de una licencia otorgada conforme al planeamiento urbanístico aplicable. Asimismo, aduce la Administración demandada que no concurre la apariencia de buen derecho, careciendo los motivos esgrimidos por la actora de la más mínima consistencia, no pudiendo alegarse la carencia de los informes de la autoridad competente para determinar la protección del

edificio, cuando el mismo no está incluido en ningún régimen de protección. Por otra parte, entiende la demandada que la suspensión solicitada de contrario supondría un claro perjuicio a los intereses públicos, así como a los intereses de terceros, ya que existe un claro interés público en la ejecución de las previsiones del planeamiento, sin que pueda olvidarse que estamos ante un inmueble en situación de fuera de ordenación expresa, al ocupar el edificio una zona calificada por el Plan General como sistema local de zonas verdes. También, afecta al interés público desde el punto de vista de la debida ejecución del Auto judicial de 17 de mayo de 2011, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 6, de Bilbao, en las Diligencias Previas nº, 864/11, en el que se acuerda el desalojo del inmueble. Finalmente, se afectan a los intereses de terceros, en este caso, los de la mercantil Construcciones Cabisa S.A, titular de la licencia de obras, cuya suspensión le originaría los correspondientes perjuicios respecto a la demora en la promoción proyectada en el inmueble. Subsidiariamente, y para el caso de que se acordase la suspensión cautelar de derribo, la misma deberá condicionarse expresamente a la prestación de la correspondiente fianza por los perjuicios innegables y de elevada cuantía que se causarán al interés público, así como a los intereses del promotor privado.

La parte codemandada – CONSTRUCCIONES CABISA S.A- se adhiere a las alegaciones formuladas por la defensa jurídica de la Administración demandada.

**SEGUNDO.-** Sentado lo que antecede, establece el art. 129 de la LJ que los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, configurándose la justicia cautelar como una manifestación de la tutela judicial efectiva que se recoge en sentido amplio en el art. 24 de la CE y de la que forma parte tal y como declara la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, añadiendo que no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario ( SS.TC 66/84, 78/96 ). Esta justicia cautelar se hace, si acaso, más importante en el proceso contencioso-administrativo en donde los actos administrativos gozan del privilegio de la ejecutividad ( art. 56 de la Ley 30/92 y 103 de la CE ), tal y como tiene declarado nuestro Alto Tribunal ( STC. 22/1974 ).

**TERCERO.-** El régimen de medidas cautelares establecido por la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, contempla la necesaria concurrencia de una situación de peligro para la preservación del objeto litigioso – *periculum in mora* – como presupuesto material para la viabilidad del incidente en el que se interesa la medida de suspensión de la ejecutividad de la Ley Jurisdiccional de 1998 cifra este presupuesto en la apreciación de que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición impugnada pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso jurisdiccional.

La apreciación de la anterior circunstancia no es por sí misma determinante de la adopción de la medida de suspensión, sino que, a partir de ella, debe proceder el órgano judicial a la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, dando lugar a la adopción de la medida solicitada cuando así resulte de la aplicación del método ponderativo dirigido a establecer la prevalencia en la preservación reforzada de alguno de los intereses legítimos.

A este efecto, también se dispone por el Legislador la valoración reforzada del interés referido a la inmediata ejecución de la actuación recurrida, cuando de la medida cautelar pudiera seguirse

perturbación grave de los intereses generales o de tercero, explicitados de manera circunstanciada – artículo 130.2 de la LJCA.

En caso contrario, si las medidas precautorias se concedieran sin que exista riesgo que precaver, o si su necesidad no resultara de la evaluación ponderativa de los intereses legítimos en presencia, no es estaría ante la adopción de “medidas provisionales que permiten asegurar el resultado del proceso”, como la Exposición de Motivos autoriza cuando “resulta necesario” sino ante una suerte de justicia provisional que la Ley jurisdiccional no contempla ni permite.

Se sigue de lo anterior que, en la adopción de la medida de suspensión, mantiene toda su vigencia el método de enjuiciamiento deducible de las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1997 y 4 de noviembre de 1997, a cuyo tenor:

1º) Como presupuesto primero y básico, el órgano judicial ha de apreciar que la ejecución del acto administrativo pueda perjudicar el efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria – periculum in mora -; de forma que sólo es necesaria la medida cautelar cuando se constata el riesgo en la preservación del derecho a la efectividad de la sentencia.

2º) La ponderación de los intereses en conflicto afectados por la inmediata ejecución, ha de considerar, exclusivamente, a los que puedan tenerse como intereses calificables de legítimos y ha de respetar la regla especial referida a las circunstancias de grave afección al interés público comprometido en la ejecución y a los intereses de terceras personas a cuyo favor se derivasen derechos del propio acto impugnado.

3º) En orden a la calificación como legítimos de los intereses en presencia y como factor decantador de las dudas que arroje la evaluación ponderativa de los intereses contrapuestos, sigue resultando pertinente la aplicación del principio de tutela de la apariencia de buen derecho.

**CUARTO.-** En el presente caso, cabe indicar que el acto administrativo impugnado, queda acotado por la resolución del Ayuntamiento demandado de fecha 2 de septiembre de 2011, por la que se concede licencia de obras de derribo de la edificación industrial emplazada en el nº1 del camino Iturrigorribidea y en Estrada de Caleros nº 2, donde se ubica el espacio cultural conocido como Kukutza III.

Pues bien, partiendo de lo expuesto y en cuanto a la apariencia de buen derecho que invoca la parte recurrente con fundamento de que se trata de una actuación arbitraria y que se trata de un espacio cultural para los vecinos del Barrio de Rekalde, que contaría con importante apoyo social, así como la inclusión del mismo en un listado del Gobierno en orden a su eventual protección y que existen causas de nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada consistentes en haber omitido trámites esenciales en el expediente, como serían los informes y la resolución de la autoridad competente para determinar la protección patrimonial del edificio, así como el programa de gestión urbanística, es menester recordar como tiene reiteradamente declarado nuestra jurisprudencia, que la aplicación de la doctrina del “fumus boni iuris” debe realizarse con suma prudencia para no prejuzgar, al resolver el incidente sobre medidas cautelares, la cuestión de fondo, pues con ello se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (artículo 24 de la vigente Constitución), salvo en aquellos supuestos, que no es el que nos ocupa, en que se solicite la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general declarada

previamente nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente.

Por otro lado, tampoco cabría so pena de un hipotético *fumus bonis iuris*, la adopción de la medida cautelar interesada, que únicamente procedería cuando el derecho o interés que se pretende proteger se muestra favorable al recurrente, como una probabilidad cualificada, y que la ejecución del acto pueda frustrar el contenido de la resolución definitiva, y es que para que pueda prosperar la pretensión cautelar por este motivo no basta con la mera alegación de esa apariencia, sino que es necesario el apoyo argumental de que dicha apariencia aparece como razonable y con esa probabilidad, actividad que no considera acreditada en el supuesto contemplado, puesto que de conformidad con los informes aportados por la Administración demandada, verbigracia, el de la Sección de Licencia de Obras de fecha 19 de agosto de 2011, el edificio no está incluido en ningún régimen de protección, ni a nivel del Plancamiento General de Ordenación Urbana, ni de la normativa sectorial sobre protección de bienes culturales, además de encontrarse el edificio en situación de fuera de ordenación expresa, por la disconformidad del mismo, con el uso previsto en el planamiento, uso residencial e invadir espacio destinado a zona verde, por lo que resulta evidente que carece de relevancia el alegato de la parte recurrente de la no existencia de informes de la autoridad competente para determinar la protección patrimonial del edificio. Por consiguiente, este Juzgado no puede hacer ningún pronunciamiento, sobre los efectos en la medida cautelar de una hipotética declaración como bien de interés cultural del edificio, pues aun cuando la parte actora haya cursado una reciente solicitud ante el Departamento de Cultura del Gobierno Vasco, ni tan siquiera consta la iniciación de expediente para dicha declaración por lo que por mor de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Patrimonio Cultural de Euskadi, no conlleva la suspensión de la licencia, ni tampoco la adopción de medida alguna por el órgano competente a tales efectos, encontrándonos ante una mera expectativa cuya realidad no está justificada ni siquiera indiciariamente.

Sobre la apariencia de buen derecho, se hace necesario recordar con la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2002 que la adopción de las medidas cautelares no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso, citando la STC 148/1993, según la cual el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que pudiera corresponder resolver en el proceso principal, y de adoptarse la medida cautelar con la argumentación utilizada por la parte recurrente de la nulidad de la licencia por incumplimiento del procedimiento de gestión, del deber de equidistribución o de conservación del edificio, se estaría resolviendo sobre el fondo del asunto, excediéndose del ámbito de la presente pieza incidental.

Igualmente, carece de recibo la alegación de la parte recurrente de que el proyecto no contiene el preceptivo programa de gestión de residuos, exigidos por el RD 105/2008, como se constata de los documentos núm 3 y 4, que han sido aportados por la defensa jurídica de la Corporación demandada, relativo a la memoria de gestión de residuos y oficio del 17 de junio de 2011 del Director de Calidad Ambiental del Gobierno Vasco, en el que se considera adecuada la propuesta de actuación realizada por ONDOAN para el derribo y gestión de los residuos del edificio que es objeto de autos.

Por otra parte, la parte recurrente no ha aportado a este incidente ningún principio de prueba suficiente en relación con los perjuicios irreparables derivados de la inmediata ejecutividad del

acto recurrido, si se tiene en consideración que a la fecha de solicitud de licencia, como ha quedado constatado en el informe del Arquitecto de la Sección de Licencia de Obras de 19 de agosto de 2011, no existe asignado ningún nivel de protección al edificio situado en calle Estrada de Caleros nº 2. Y, así ha quedado corroborado por el informe de 8 de agosto de 2011 del Director de la Oficina del Plan General de Bilbao, que determina que por parte de la Oficina del Plan General no se ha tramitado ninguna propuesta concreta en relación a la protección del patrimonio, y que el régimen de protección vigente es el contenido en el PGOU de 1995 que no asigna ningún nivel de protección al edificio.

Finalmente, cabe reseñar que de las pruebas aportadas por las partes, debe considerarse prevalente el interés público residenciado en la ejecución de las previsiones del planeamiento y los perjuicios que pudieran ocasionarse a la codemandada CONSTRUCCIONES CABISA, S.A., titular de la licencia de obras, en cuanto a la demora de la promoción proyectada en el inmueble y sin que puedan obviarse los derechos del legítimo propietario, por lo que en virtud de todo lo expuesto ha de acordarse el levantamiento de la suspensión acordada por este Organismo jurisdiccional.

**QUINTO.-** A tenor de lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional, no procede imponer las costas en el presente procedimiento, ante la ausencia de temeridad o mala fe.

#### PARTE DISPOSITIVA

**DISPONGO:** No ha lugar a la adopción de la medida cautelar solicitada por la representación procesal de la Asociación de Vecinos "Rekaldeberriz" del Barrio de Rekalde de Bilbao "ERREKALDEBERRIZ AUZO ELKARTEA", y se acuerda levantar y dejar sin efecto la medida cautelar adoptada con carácter urgente en Auto de fecha 21 de septiembre de 2011.

No se hace especial imposición de costas.

**MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN:** mediante RECURSO DE APELACIÓN EN UN SOLO EFECTO, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 80.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 3917.0000.20.0356.11, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

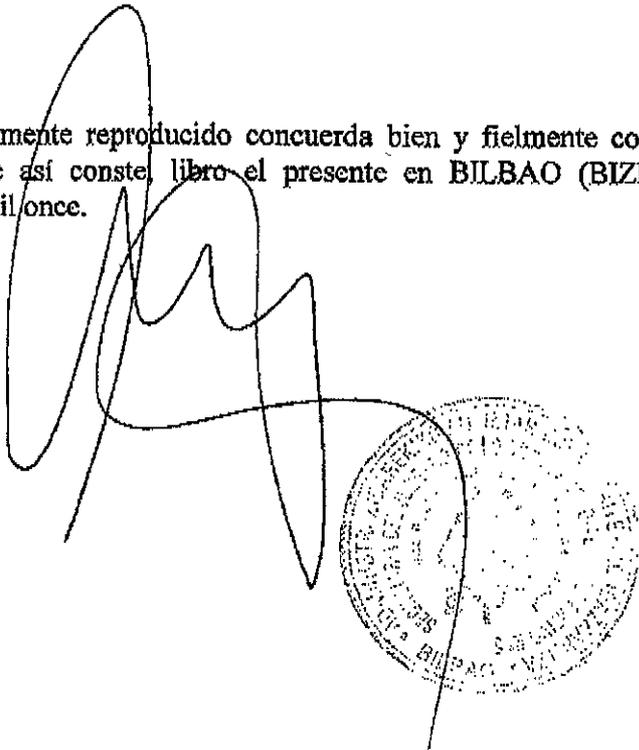
Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Lo acuerda y firma el/la MAGISTRADO, doy fe.

Euskal Autonomi Erkerteko Justizi  
Administrazioaren Ofizio Nagusia

Papel de Oficio de la Comisión de Justicia en la  
Comunidad Autónoma del País Vasco

Lo anteriormente reproducido concuerda bien y fielmente con el original a que me remito. Y para que así conste, libro el presente en BILBAO (BIZKAIA), a veintitrés de septiembre de dos mil once.

A large, stylized handwritten signature in black ink is written over a circular official stamp. The stamp contains text in Basque and Spanish, including "EUSKAL AUTONOMI ERKERTOKO JUSTIZIA" and "COMISIÓN DE JUSTICIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO".