



Arartekoaren 2019R -1113 -18 Ebazpena, 2019ko irailaren 11koa. Horren bidez, Erandioko Udalari gomendatu zaio behar diren neurriak har ditzala zenbait ostalaritza-establezimenduk baimenik gabe jarri dituzten terrazak kentzeko.

Aurrekariak

1. (...)k aurkeztutako kexa bat jaso du Arartekoak. Izan ere, ez dira bete Erandioko alkateak emandako aginduak. Hain zuzen ere, alkateak terraza batzuk ken zitezela agindu zuen, baimenik gabe jarri zirelako eta ezin zirelako legeztatu, ezin baitzituzten bete udal-ordenantzan ezarritako betekizunak, ez eta irisgarritasunari buruzko araudia ere.

Kexagilearen esanetan, 2018ko maiatzaren 22an, Arartekoak amaitutzat jo zuen 163/2018/QC kexa-espeditentari lotuta egindako jarduna, erakunde honen ustez Erandioko Udalak nahitaezko betearazteko aginduak eman baitzituen terraza horiek kentzeko (459/2018, 460/2018, 461/2018 eta 462/2018 dekretuak, martxoaren 1ekoak). Terraza horiek baimenik gabe jarrita zeuden, 2017ko urriaren 19tik behintzat, data horretakoa baita kexagileak hizpide dituen bost ostalaritza-establezimenduen inguruan obra-ikuskatzaileak egindako txostena.

Hala ere, interesdunak beste kexa bat aurkeztu du, terrazek funtzionatzen jarraitzen dutelako, eta udalak ez duelako betearazi mahaiak eta aulkiak kentzeko agindua (egun bateko epea eman zen hura betetzeko).

2. Kexan azaldutako kontuak aztertu zituen Arartekoak, eta, horren ondoren, 2018ko ekainaren 7an, informazioa eskatu zion Erandioko Udalari. 2018ko ekainaren 20ko idazki bidez, Hirigintza, Etxebizitza, Obra, Zerbitzu eta Ingurumen Arloko ordezkariak Arartekoari jakinarazi zion 2018ko ekainaren 11n komunikazioa aurkeztu zuela Udaltzaingoaren Buruzagitzan terrazak kentzeko aginduaren betearazpen subsidiarioari ekin zekion.
3. Jasotako erantzunean ez zen berretsi terrazak kentzeko aginduak bete direnik —kexagilearen esanetan ez ziren bete—, eta, beraz, Arartekoak berriz ere eskatu zuen horri buruzko informazioa, 2018ko abuztuaren 30eko idazki bidez. Eskaera horretan azpimarratu genuen 2018ko martxoaren 1ean eman zirela agindu horiek, eta terrazako elementuak egun bateko epean kentzeko betebeharra ezarri zutela. Gainera, adierazi genuen obra-ikuskatzaileak 2017ko urriaren 19an egindako txostenak eragin zituela betearazteko agindu horiek, lehenengo aurrekarian aipatu bezala.

Azkenik, udal-administrazioari gogorarazi genion indarrean zegoen legeria bete eta betearazi behar zuela, bere eskumenak baliatzeko eta egitekoak betetzeko orduan. Izan ere, gure ustez, ulertezina zen agindutakoa betetzeko arrazoizko epea ederki igarora zelarrik, alkatetza-dekretua betearazi ez izana.





4. Erakunde honek 2018ko urriaren 26ko errekerimendua bidali ondoren, Erandioko Udalak 2018ko azaroaren 13an jasotako idazki bidez erantzun dio Arartekoari.

Alkateak komunikazio horretan jakinarazi digu, agindutakoa nahitaez betearazteko zailtasun objektiboak zeudela ikusita, bilera egin dutela Hirigintza, Ingurumen, Obra eta Zerbitzuen Arloko arduradunekin, terrazak kentzeko aginduaren betearazpen subsidiarioa zehazte eta koordinatze aldera (esate baterako, zer baliabide material eta giza baliabide behar diren, zer egunetan eta ordutan egingo den, eta abar), eta bilera horretan planteatutakoa aintzat hartuta, erabaki dutela arlo horretako zerbitzuek aztertuko dituztela zein diren formularik egokienak agindutakoa betearazteko, honako premisa hauetatik abiatuta:

- Udaltzaingoak bere txostenetan azaldutako egoeraren berezitasunak, hau da, hautemandako ez-betetzea ez dela jarraitua, eta horrek zailtasun handiak dakartzala terrazak kentzeko agindua nahitaez betearazteko logistika egokia antolatzeko.
- Terrazak kentzeko giza baliabideak eta haiek garraiatzeko ibilgailu egokiak aurreikusi eta udalaren kontrolpean dagoen gordailu bat topatu beharra. Izan ere, une honetan, ezin da azken kontu hori bermatu.
- Esku-hartzea are konplexuagoa da, guztira bost ostalaritza-establezimenduri eragiten dielako.
- Legeak ezartzen du proportzionaltasun-printzipioari jarraituz jokatu beharra dagoela, agindutakoa nahitaez betearazteak ahal dela ordena publikoko arazorik ez sortzeko establezimenduen arduradunekin aurrez aurreko zuzenak izatearen ondorioz.
- Gaur egun, mahai eta aulki horiek, legea betetzen ez badute ere, ez dakartela bizikidetza-arazo handirik. Hortaz, ez da hauteman kontu horrek kalte larria eta zuzena eragiten dionik interes publikoari —hala balitz, udalak berehala esku hartu beharko luke—.

Horrez gain, idazki horretan iragarri zen, zehapen-prozedura abian jartzeaz gain, bazitekeela beste neurri batzuk hartzea, hala nola hertsapen-isuna ezartzea.

5. 2018ko abenduaren 12an jasotako idazki bidez, udalak 2569/2018, 2570/2018, 2571/2018 eta 2572/2018 udal-ebazpenak helarazi zizkigun (denak dira 2018ko azaroaren 27koak). Horien bitartez, ostalaritzako lau establezimenduri agindu zaie, hiru eguneko epean, terrazak ken ditzaten eta,





ohartarazi zaie, agindua bete ezean, nahitaez betearaziko dela, 600 euroko hertsapen-isunak ezarriz hileru.

6. Horri guztiari lotuta, 2019ko urtarrilaren 17an, erakunde honek berriz ere eskatu zuen aipatutako ebazpenetan emandako aginduen izapidetze-egoeraren berri emateko, eta, zehatzago esanda, jakinarazteko, lau terrazak kentzeko aginduak bete ez baziren, zer jarduketa egin ziren. Halaber, Arartekoak eskatu zuen jakinarazteko zehapen-espeditenteak abiarazi ote ziren, eta establezimendu horiei espazio publikoa okupatzeagatiko tasak igorri ote zitzaizkien. Gainera, eskatu zuen, hala bazegokion, jarduketaren xede ziren establezimenduei igorritako azken likidazioaren kopia aurkezteko.
7. Azken informazio-eskaera horri lotutako erantzunik jaso ez genuenez, Arartekoak errekerimendua egin zion udalari, 2019ko apirilaren 10eko komunikazio bidez.
8. Azkenean, udalak, 2019ko uztailaren 3an jasotako komunikazio bidez, hizpide ditugun ostalaritza-establezimenduei 2019ko ekainaren 10ean bidalitako ebazpenen kopiak aurkeztu ditu. Horien bitartez, 600 euroko lehenengo hertsapen-isuna ezarri zitzaien espazio publikoa baimenik gabe okupatzen ari ziren eta ezin legeztu zitezkeen terrazak kentzeko agindua bete ez zuten titular guztiei.

Udalak ez du dokumentaziorik edo informaziorik eman erantzuteko errekerimenduan aipatutako beste bi kontuen inguruan: ordenantza ez betetzeagatik zehapen-espeditenteak abiarazi ote ziren, eta hizpide ditugun establezimenduak praktikan espazio publikoa okupatzen ari zirenez zegozkien tasen likidazioak igorri ote zitzaizkien.

Gogoetak

1. Herri Administrazioen Ondareari buruzko 33/2003 Legeak, azaroaren 3koak, administrazio publiko guztiei aplikatzekoa den 5.4. artikuluan ezartzen du jabari publikoko ondasunak eta eskubideak arautuko dituztela aplikatzekoak zaizkien lege eta xedapen bereziek, eta, lege berezirik ez badago, lege honek eta hura garatzen eta osatzen duten xedapenek. Administrazio-zuzenbideko arau orokorrak eta, halakorik ez badago, zuzenbide pribatuko arauak, ordeko zuzenbide gisa aplikatuko dira.

Halaber, oinarrizko legearen 84.3. artikulua ezartzen du jabari publikoko ondasunen gaineko emakidak eta baimenak, lehenik eta behin, horiek erregulatzen dituen legeriak arautuko dituela, eta, arau berezirik ez badago edo daudenak ez badira nahikoak, lege honen xedapenek.

Toki-administrazioaren esparruan, ondasunen gaineko arauketa berezia Toki Erakundeen Ondasunen Araudian, ekainaren 13ko 1372/1986 Errege



Dekretuak onetsitakoan, dago jasota. Toki Erakundeen Ondasunen Araudiaren 77. artikulua arabera, lizentzia behar da jabari publikoko ondasunen erabilera erkide berezi arrunta egiteko. Lizentzia horiek (edo baimenak, Herri Administrazioen Ondareari buruzko Legean ageri den terminologia erabilia) emango dira, baldin eta espazioa instalazio desmuntagarriekin edo ondasun higigarriekin bakarrik okupatzen bada, eta, betiere, aprobetxamenduaren iraupena lau urtetik beherakoa bada —Herri Administrazioen Ondareari buruzko Legearen 86. artikulua—.

Bestalde, Erandioko Udalak, erregelamenduak egiteko duen ahala baliatuz, aurreko araubide juridikoa osatu du, 2004ko ekainaren 7ko BAO (107. zk.) argitaratutako terrazak eta mahai hankabakarrak arautzen dituen ordenantzaren bitartez —haren helburua da erabilera publikoko espazioetan ostalaritza-altzariak jartzeari buruzko araubide tekniko eta juridikoa finkatzea—.

Ordenantza honen ondorioetarako, terraza eta mahai hankabakartzat hartzen dira ostalaritzaren adarreko jarduera legeztatu baten aldi baterako osagarri gisa baliatutako behin-behineko mahai, aulki, eguzki-oihal, karpa, itzalkin eta instalazio finkoak zein higikorrak (1. artikulua). Terrazak eta ostalaritzako mahai hankabakarrak jarri ahal izango dituzte udal-lizentzia indarrean duen ostalaritza-jarduera baten titular direnek, baldin eta jarduera egiten den lokalaren barruan zerbitzua emateko egokitutako eremua badago, mahai, aulki eta guzti (5. artikulua).

Laburbilduz, udal-lizentziak edo baimenak gaitu egiten du ostalaritza-establezimendu baten titularra espazio publikoa ostalaritzako altzariekin okupatzeko, dagokion ebazpenak zehazten dituen baldintzetan. Ordenantzak ez du xedatzen beste baimen bat eskuratu behar denik jabari publikoa okupatzeko mota horretako aldi baterako instalazio desmuntagarriekin. Hori dela eta, Arartekoaren iritziz, aztergai dugun udal-lizentziak, bere araubide juridikoarekin bat (indarraldia, iraungitze- nahiz berritze-data eta abar), jabari publikoa okupatzeko baimena ematen du. Hala ere, lizentzia hori ezin da inola ere nahasi Lurzoruari eta Hirigintzari buruzko Legeak (2/2006, ekainaren 30ekoa) arautzen duen hirigintza-lizentziarekin. Nolanahi ere, baliteke, espazio publikoa okupatu behar duen instalazio-mota zein den, proiektu teknikoa eta udal-zerbitzu teknikoen txostena (karpak, finkatutako elementuak eta abar) aurkeztu behar izatea, ordenantzaren 20. artikuluan ezarritakoari jarraituz.

2. Aipatutako esparru juridikoaren arabera, Herri Administrazioen Ondareari buruzko Legearen (oinarrizkoa da hori ere) 6. artikuluekin bat, Erandioko Udalak jabari publikoko ondasun eta eskubideak kudeatzeko eta administratzeko orduan, besteak beste, printzipio honi jarraitu behar dio: *“Ejercicio diligente de las prerrogativas que la presente Ley u otras especiales otorguen a las Administraciones públicas, garantizando su conservación e integridad”*.

Ebazpen honen aurrekarietan adierazitakoarekin bat, 2017ko urriaren 19tik behintzat, eta kexagileak salatutakoaren arabera baita horren aurretik ere, aipatutako ostalaritza-establezimenduek espazio publikoa okupatu zuten, titulurik izan gabe, eta udalak ez du dagokion eginbidea bete espazio publikoaren erabilera orokorra bermatze aldera okupazioak dakarren arau-hausteari aurre eginez.

Oro har, Arartekoak egindako errekerimenduen ondorioz bakarrik jardun dute udal-agintariek, aurrekarietan azaldutako egitatei erreparatuta egiazta daitekeenez. Gainera, orain arte ez da emaitza eraginkorrik lortu agindutakoa betetzeari dagokionez. Horrek astungarri bat ere badu, hain zuzen ere espazio publiko horiek okupatzeak kalte larria eragiten diela herritarren irisgarritasun-baldintzei, eta ez duela betetzen dagokion araudi sektoriala.

3. Ordenantzaren 25. artikulua zehazten du terrazak eta mahai hankabakarrak udal-lizentziarik gabe jarritz gero, udal-agintariek berehala etengo dituela egintza horiek. Instalazioaren titularrak instalazioa kentzen ez badu, agindutakoaren betearazpen subsidiarioari ekingo zaio.

Terrazak kentzeko aginduak 2018ko martxoaren 1eko alkatetza-dekretu bidez eman ziren, ebazpen honen xede diren lau ostalaritza-establezimenduek ez zutelako udal-baimenik eta ezin zitelako eman, ez zituztelako betetzen baldintza teknikoak —besteak beste, ordenantzaren 11. artikuluan, oinezkoen ibilbideei buruzkoan, ezarritakoak—, apirilaren 11ko 68/2000 Dekretuarekin (Hiri-inguruneen, espazio publikoen, eraikinen eta informazio eta komunikazioko sistemen irisgarritasun-baldintzei buruzko arau teknikoak onartzen dituen) bat. Hizpide ditugun ostalaritza-establezimenduek okupatutako espazio publiko bakar batek ere ezin zuen betiere eta etengabe bermatu oinezkoak igartzeko oztoporik gabeko bide bat zegoela, bi metro zabal zituena, oinezkoen ibilbide irisgarriak errespetatze aldera, dekretuan ezarritakoaren arabera.

Agindu horiek betetzeko, egun bateko epea eman zitzaien establezimenduei (2018ko martxoaren 6an jakinarazi zitzaizkien dekretuak). Emandako informazioaren arabera, errekerimendua jaso zuten establezimenduek agindutakoa bete ote zuten ikusteko jarraipen-txostenak egin zituen Udaltzaingoaren Buruzagitzak. Lehenengo txostena 2018ko apirilaren 12koa da, eta han adierazten da “zaintza-errutina” egin zela apirilaren 9tik 12ra, eta egiaztatu zela establezimenduetako bakar batek ere ez zuela agindutakoa bete, hau da, terrazek han jarrita jarraitzen zutela.

Ez dago jasota udalak beste jardunik egin zuenik harik eta, 2018ko urriaren 23an, Udaltzaingoaren Buruzagitzak beste txosten bat egin zuen arte; ordurako zazpi hilabete baino gehiago ziren igaroak (uda osoa barne) terrazak kentzeko dekretuak eman zirenetik. Txosten horrek berriz ere utzi zuen agerian ez zirela bete espazio publikoa baimenik gabe okupatzen ari ziren

instalazioak kentzeko aginduak. Halaber, txostenak ezarri zuen *“La Administración y los empleados públicos en el ejercicio de sus competencias y funciones tienen la obligación de hacer cumplir la legalidad vigente y teniendo en cuenta que ha transcurrido ampliamente el plazo razonable para el cumplimiento de lo ordenado...”*, eta eskatu zuen *“Una reunión con el responsable de departamento de Urbanismo, Obras y Servicios, para concertar y coordinar la ejecución material subsidiaria de la retirada de las terrazas de los establecimientos hosteleros...”*.

Txosten horretatik eta aurretik aipatu dugun beste txostenetik ondorioztatzen da esleitutako agenteek *“egiaztapen-errutina”* egin zutela, baina ez zutela jarduketa eragozlerik egin, eta aginpidea ere ez zutela baliatu alkatearen aginduak betearazteko, hau da, instalazioa unean bertan kentzeko eta espazio publikoaren legearen aurkako okupazioa ekiditeko. Egindako txostenetan honako adierazpen hauek jaso dira: (7026/2018 abisua: *– “La fotografía que se aporta, se saca cuando las estaban montando. Posteriormente la patrulla observa como ya hay clientes sentados en dicha terraza”*; 7005/2018 abisua: *“Tras ponerse en contacto con su regente, éste nos manifiesta que NO la va a quitar”*).

Laburbilduz, Udaltzaingoak ordenantzaren eta alkatearen aginduen ez-betetzeen fede eman du, baina ez du berehalako neurririk hartu agindutakoa betearazteko, ikuskapenaren momentuan behintzat. Ez dugu ulertzen jarduteko modu hori, kontuan izanik helburua dela espazio publikoan mahaiak eta aukiak (elementu higikorak) jar daitezen ekiditea. Adibide grafiko bat ematearren, jarduteko modu hori honen parekoa da: agente batek argazki bat ateratzea galtzada erdian trafikoa oztopatzen duela aparkatuta dagoen ibilgailu bati (kasu honetan, oinezkoen ibilbideak ari dira oztopatzen) eta txostena nagusi hierarkikoari bidaltzea, *“horren berri izan dezan”*.

Laugarren aurrekarian aipatu bezala, alkateak, Arartekoak 2018ko azaroaren 13an jaso zuen komunikazio bidez, jakinarazi zigun, laburbilduz, udalak zailtasunak zituela terrazak kentzeko aginduaren betearazpen subsidiarioa gauzatzeko. Gure ustez, hausnarketa egin beharra dago alkatearen aginduak eta indarrean dagoen legeria ez betearazteko alegatu diren premisen inguruan. Hona hemen, beraz, hausnarketa:

- **Ez-betetzea ez da jarraitua.** Egia da, oro har, establezimenduak itxita daudenean terrazak ez direla jarrita egoten. Horixe berresten dute gutxi gorabehera 2018ko apirilera hiru egunetan eta urriko beste hiru egunetan egindako ikuskapenei buruzko txostenek. Izan ere, salbuespenak salbuespen, eta ez da horien inguruko xehetasunik eman (hala nola, establezimendua irekita ala itxita dagoen), establezimendu guztiek dituzte terrazak jarrita, eta, are larriagoa dena, nabaria da *“ikuskapena”* egiten ari diren udal-agintarien (Udaltzaingoa) aurrean agindutakoa urratzeko borondatea dutela titularrek.

- **Ez-betetzea jarraitua ez izateak zailtasun handiak dakartza** terrazak kentzeko agindua nahitaez betearazteko **logistika egokia antolatzeko orduan** (terrazak kentzeko giza baliabideak, ibilgailuak, gordailua eta abar). 24.500 biztanleko udalerrri batean (2012ko datuak), 35 agente baino gehiago eta guztira 160 langile baino gehiago dituen Udaltzaingoaren plantillak (2017ko datuak) logistika-arazoak izatea espaloian mahaiak eta aulkiak baimenik gabe jar ez daitezzen, ez da inondik inora ere arrazoizko argudioa. Gainera, borondatea balego, neurria betearaz liteke zirt edo zarteko beste aukera batzuk baliatuta, adierazitakoak baino udal-baliabide gutxiago erabilita (esate baterako: altzariak immobilizatuz, zigilatuta eta giltzarrapoa jarrita; altzariak konfiskatuz terrazak jarri gabe daudenean eta abar).
- **Esku-hartzea are konplexuagoa da, betearazpen subsidiarioak guztira bost ostalaritza-establezimenduri eragiten dielako.** Betearazpen subsidiarioko aginduak banakakoak dira, eta, beraz, ez dugu ulertzen zer konplexutasun dakarren horiek kasuz kasu betetzea. Egia da Erandioko Udalak arazo larria duela arlo horretan. Izan ere, Arartekoak dakiela, terrazak kentzeko beste zazpi dekretu eman dira, izapidetzen ari den 2019ko beste kexa-espeditente baten harira emandako informazioaren arabera.
- **Legeak ezartzen du proportzionaltasun-printzipioari jarraituz jokatu beharra dagoela**, agindutakoa nahitaez betearazteak ordena publikoko arazorik ez sortzeko establezimenduen titularrekin aurrez aurreko zuzenak izatearen ondorioz. Udalak, berez, baditu aurrez aurrekoa eta ordena publikoko arazoa, ez dituelako neurri egokiak hartu indarrean dagoen legeria betearazteko, eta ez duelako bere aginpidea baliatu agindutakoa bete dadin espazio publiko bat legearen aurka okupatu izanari dagokionez, urtebete baino gehiago igaro bada ere ez-betetzeak egin zirenetik. Legezkotasun-printzipioa errespetatu ordez aipatutako printzipioari jarraitu zaiola argudiatzea onartezina da, ez baitira bete ez udalak bere eskumenak baliatuz ezarritako udal-araudia, ez irisgarritasunari eta ondare publikoari buruzko araudi sektoriala. Nolanahi ere, agindutakoa behin eta berriro urratu duten ostalaritza-establezimenduei mahaiak eta aulkiak kentzeko neurria, erakunde honen ustez, helburua lortzeko jardun proportzional eta egokia da, eta, gainera, beharrezkoa da hura aplikatzea agindutakoa betearazteko, gero ikusiko dugunez ez dagoelako kalte txikiagoa eragiten duen legezko beste neurri egokirik helburu hori lortzeko, jurisprudentzia konstituzionalak exijitutako aurrekontuen ildotik.
- Gaur egun, mahai eta aulki horiek, **“legea betetzen ez badute ere”**, ez dakarte bizikidetzara-arazo handirik. Udalak ez du hauteman kontu horrek kalte larria eta zuzena eragiten dionik interes publikoari —hala balitz, udalak berehala esku hartu beharko luke—.

Udalak egokien iruditu zaion moduan arautu du gai hori, dagokion ordenantzaren bidez, eta, beraz, udal-administrazioak eta onura edo kaltea



jasan duten pertsonen araua bete eta betearazi egin behar dute. Aipatutako betebeharrak eta erantzukizunekin batera, herri horretako herritarrek eskubidea dute gai publikoetan parte hartzeko eta udal-araudia bete dadin eskatzeko, legeetan, ordenantzetan edo araubideetan ezarritakoarekin bat (Euskadiko Toki Erakundeei buruzko 2/2016 Legearen 43. eta 44. artikulua).

Udalerriko herritarrek eskubidea dute udalak administrazio-jarduera egingo duela pentsatzeko, legea eta zuzenbidea betetz, fede onaren eta bidezko konfiantzaren printzipioak errespetatuz, Herri Administrazioen Araubide Juridikoaren eta Administrazio Prozedura Erkidearen Legearen (30/1992, azaroaren 26koa) 3. artikulua ezarritakoaren arabera. Printzipio horiek kexaren edukari aplikatzen badizkiogu, ondoriozta dezakegu zuzenean ukitutako pertsonen konfiantza legitimoa izango dutela, hau da, guztiek errespetutako dituztela espazio publikoari lotuta indarrean dauden bizikidetzara-arauek, eta, errespetatzen ez badituzte, udalak behar diren mekanismoak izango dituela haiek betearazteko.

Labur esanda, "premisak" horiek, gure ustez, Erandioko Udaleko udal-agintarien jarrera eta legeria betearazteko dituzten "zailtasunak" laburbiltzen dituzte. Udal horren ustez, udalerriko herritarrek espaloiak eta beste espazio publiko batzuk oztoporik gabe erabiltzeko interes publikoak —horiek baliatzeko eskubidea dute herritarrek, legez, eta udalak aitzakiarik gabe bermatu behar du eskubide hori— baino bizikidetzara-arazo handiagoa dakarkio ostalaritza-establezimenduekin aurrez aurrekoa edukitzeak. Udalak alegatutako premisek ez dute justifikatzen legeria urratzea, dela egiteagatik dela ez-egiteagatik.

Alkateak, azkenean, 2018ko azaroaren 13ko komunikazioan, adierazi zuen, inguruabar horien arabera (aipatutako premisez ari da), ez dela baztertzeko, azkenean, **terrazak kentzeko agindua nahitaez betearazteko beste bitarteko batzuk** erabiltzea, hala nola hertsapen-isuna, urriaren 1eko 39/2015 Legearen (Administrazio Publikoen Administrazio Prozedura Erkideari buruzkoa) 100.1.c) eta 103. artikuluetan jasotakoa. Horrek ez du alde batera uzten zehapen-prozedura abiaraztea, eta horri buruzko informazioa aztertuko dugu jarraian.

4. Iragarri zenez, alkateak ondorerik gabe utzi zuen ukitutako ostalaritza-establezimenduetako terrazak kentzeko aginduen betearazpen subsidiarioa. Halaber, 2018ko azaroaren 27an, beste dekretu batzuk eman zituen, eta, horietan ezarri zen hertsapen-isunak aplikatuko zirela aginduak nahitaez betearazteko, betearazpen subsidiarioa aplikatu beharrean —horixe da udal-ordenantzan ezarrita dagoen bitartekoa—.

Hona hemen hertsapen-isuna zer den, Administrazio Publikoen Administrazio Prozedura Erkideari buruzko Legearen 103. artikuluan araututakoarekin bat:





“1. Legez baimenduta dagoenean, eta legeetan jarritako moduan eta zenbatekoz, hertsatzeko isunak ezar ditzakete administrazio publikoek egintza jakin batzuk betearazteko, eta agindutakoa betetzeko behar besteko tartea utzita errepikatu isunok, kasu hauetan:

- a) Egintza guztiz pertsonaletan, betebeharra daukan pertsona zuzenean derrigortzea egoki ez denean.*
- b) Derrigortzea egoki izanda ere administrazioak komenigarritzat jotzen ez duenetan.*
- c) Betebeharra daukanak beste bati egintzak betetzeko mandatua eman diezaiokeenean.*

2. Hertsatzeko isuna ez dago lotua ezar daitezkeen izaera bereko zehapenekin, eta bateragarria da haiekin.”

Hertsapen-isunak aplikatu ahal izateko ezinbestekoa da aginduak nahitaez betearazteko bitarteko hori legeetan jasota egotea. Nolanahi ere, aurrekontu hori ez da betetzen kasu honetan, ez Herri Administrazioen Ondareari buruzko Legean, ez Toki-araubidearen oinarriak arautzen dituen Legean, ezta Toki Erakundeen Ondasunen Araudian ere, ez dagoelako araututa hertsapen-isunak aplikatzeko aukera dagoenik beren aplikazio-eremuan.

Beraz, ondare publikoa erregulatzen duen araudi sektorialak ez duenez halakorik ezartzen, udalak pentsatu du aplikatzekoa dela Lurzoruari eta Hirigintzari buruzko Legearen (2/2006, ekainaren 30ekoa) 224.6. artikulua. Artikulu horrek ezartzen du aginduak nahitaez betearazteko neurri hori aplika daitekeela aldatutako errealitate fisikoa berrezartzeko aginduak betetzen ez baldin badira, lurralde- eta hirigintza-antolamenduaren osotasuna leheneratzeko. Horri lotuta, emandako aginduek ez dute ezer esaten hirigintza-araudia aplikatzekoa bihurtuko lukeen eta bere garaian emandako betearazpen subsidiarioko aginduak ondorerik gabe utziko lituzkeen oinarri juridikoari buruz.

Arartekoaren iritziz, terrazei eta mahai hankabakarrei buruzko ordenantzak arautzen duen udal-lizentziak, bere araubide juridikoarekin bat (indarraldia, iraungitze- nahiz berritze-data eta abar), jabari publikoa behin-behineko instalazioekin okupatzeko baimena ematen du. Jardun honen xede diren kasuetan, instalazio horiek jartzeko ez da obrarik egin behar, eta aipatutako udal-erregulazioak ere ez du xedatzen horrelako kasuetan hirigintza-araudiak erregulatzen duen hirigintza-lizentzia eskuratu behar denik. Horrenbestez, jabari publikoa okupatzeko lizentzia eta Lurzoruari eta Hirigintzari buruzko Legeak (2/2006, ekainaren 30ekoa) arautzen duen hirigintza-lizentzia ez dira gauza bera. Hortaz, ezin da aipatutako erregulazioa oinarritzat hartu hertsapen-isunak aplikatzea legitimatzeko hizpide duguna bezalako kasuetan, alegia, jabari publikoa titulurik izan gabe okupatzen denean.



Terrazei eta mahai hankabakarrei buruzko ordenantzan araututako nahitaezko lizentzia izan gabe espazio publikoa okupatzeak eragin ditu udalaren esku-hartzearen xede diren ostalaritza-establezimendu horien ez-betetzeak, denak ala denak. Era berean, udalak udal bide publikoetako lurzoru, lurpe edo hegalkinen erabilera edo aprobetxamendu bereziagatiko tasak arautzen dituen zerga-ordenantza du, eta han dago jasota haiek mahaiekin, aulkiekin eta abarrekin okupatzeagatik aplikatzekoa den tarifa.

Laburbilduz, espediente honen xede diren kasuetan hertsapen-isunak aplikatzeak ez du nahitaezkoa den lege-babesik. Beraz, ezin da aginduak nahitaez betearazteko bitarteko hori erabili ordenantzan ageri denaren orde. Ordenantzan ageri den aginduak nahitaez betearazteko bitartekoa ez erabiltzeko, hau da, alkateak emandako terrazak kentzeko aginduen betearazpen subsidiarioa ez aplikatzeko, ageriko legeria aplikatu da, baina ezin da jo hura zuzenbidean oinarrituta dagoenik, eta argi dago ez dela eraginkorra izan agindutakoa betearazteari begira.

Nolanahi ere, hertsapen-isunen legezkotasunari buruz adierazitakoa gorabehera, adierazi beharra dago neurri horren helburua dela egintzaren hartzaileak administrazioaren erabakia betetzearen aurka duen jarrerari aurre egitea, isunak aldian-aldian ezarriz erabakia eraginkortasunez bete arte (Auzitegi Gorenaren 2018ko ekainaren 5eko Epaia). 2018ko azaroaren 27an, alkatetzaren ebazpenak eman ziren. Horien bitartez, terrazan titularrei agindu zitzairen terrazak hiru eguneko epean kentzeko, eta jakinarazi zitzairen, agindua bete ezean, hertsapen-isunak ezarriko zitzaizkiela. Aitzitik, 2019ko urtarrilaren 14ko eta 16ko ikuskapen-txostenean berriz ere egiaztatu arren ez zela agindutakoa bete, lehenengo hertsapen isuna, 600 eurokoa, 2019ko ekainaren 10ean ezarri zen. Hau da, berriz ere sei hilabete baino gehiago igaro ziren altzariak kentzeko azken agindua eman zenetik, eta ez dakigu hartutako neurria eraginkorra izan ote den, ez eta, eraginkorra izan ez bazen, aldian-aldian ezarri ote zaizkien hertsapen-isunak.

5. Bestalde, espazio publikoa legearen aurka okupatu zenetik gutxienez bi urte igaro badira ere, Arartekoak ez du eskatutako informazioa jaso, hau da, ez dakigu zehapen-espedienterik abiarazi ote den terrazak eta mahai hankabakarrak arautzen dituen ordenantza ez betetzeagatik. Ordenantzaren 27.2. artikuluekin bat, arau-hauste astuntzat jotzen dira terrazak, mahai hankabakarrak eta beste elementu lagungarri batzuk lizentziarik gabe jartzea eta udalaren eskakizuna (hots, instalazioa kentzea udal-lizentziarik ez edukitzeagatik) ez betetzea.
6. Ordenantzan adierazitakoari dagokionez —izan ere, lotuta zuzena du kexaren xedearekin, irisgarritasun-baldintzei eragiten dielako—, berriz ere aipatu nahi dugu udalari, Arartekoak 163/2018/QC kexa-espedientean egindako jarduna amaitu zuen ebazpenean adierazi geniona udal-ordenantzaren 11. artikulua araututako oinezkoen ibilbideei buruz, apirilaren 11ko 68/2000 Dekretuaren (Hiri-inguruneen, espazio publikoen, eraikinen eta informazio eta



komunikazioko sistemen irisgarritasun-baldintzei buruzko arau teknikoak onartzen dituen) 3.2. eranskinarekin bat.

Udal-ordenantzaren 11. artikulua, 2004ko ekainaren 7ko BAO (107. zk.) argitaratutako oinezkoen ibilbideei buruzko testuaren arabera, honako hau dio:

“1.—Arestian aipatutako moduluen arabera jarritako terraza eta mahaitxoan instalazioek, kasu guztietan, oinezkoentzako bi (2,00) metroko zabalera eta oztoporik gabeko ibilbidea bermatu beharko dituzte iraunkorki, Eusko Jaurlaritzak apirilaren 11n emandako 68/2000 Dekretuan ezarritakoa betetzeko (Hiri-inguruneko irisgarritasun-baldintza teknikoak).

2.—2,00 metroko igarotze-zabalera duen ibilbidea oztoporik gabeko 1,80 m-ra murriztu ahal izango da eta egitura, orografia edo formaren ezaugarrien ondorioz, distantzia horiek aplikatzea ezinezkoa izanez gero, zabalera hori 1,50 m-ra murriztu ahal izango da, hektarea bakoitzeko 12 etxebizitzako dentsitatea edo txikiagoa duten etxebizitzetan urbanizazioetan, aurreko idatz-tzatian aipatutako Dekretuak ezarritakoari jarraituz.”

Gure iritziz, artikulua horren bigarren apartatua ez dago oinarrituta ez aplikatzekoa den erregulazioan ez txostenean aipatutako dekretuaren 3.2. apartatuan. Izan ere, aipatutako artikulua ez du bide ematen oinezkoen ibilbideen zabalera, oro har, oztoporik gabeko 1,80 metrora murrizteko; aitzitik, derrigorrezkoa den bi metroko zabalera murriztea planteatu daiteke, bakar-bakarrik, dentsitate txikiko urbanizazioetan edo eremuetan —dekretuak xedatzen du kasu horietan zabalera 1,50 metrora murrizteko aukera dagoela, justifikatuta baldin bada—.

7. Azkenik, aipatu dugun 2018ko ebazpenaren bidez udalari jakinarazi genionez, Arartekoak ez du terrazak eta mahai hankabakarrak arautzen dituen ordenantza aurkitu udalaren webgunean, ez eta udal-zerbitzuak arautzen dituen beste ordenantzarik ere, zerga-ordenantzak izan ezik, nahiz eta abenduaren 9ko 19/2013 Legean (Gardentasunari, informazio publikoa eskuratzeko bideari eta gobernu onari buruzkoa) xedatutakoaren arabera egoitza elektronikoa edo webgunean argitaratu behar den udalerrian aplikatzekoa den araudia, informazio garrantzitsu horren berri izan behar dutelako hura betetzera behartuta daudenek (5. eta 6. artikulua).





Horregatik guztiagatik, gomendio hau egiten dugu, otsailaren 27ko 3/1985 Legeak erakunde hau sortu eta arautzekoak 11 b) artikuluan ezarritakoaren arabera:

GOMENDIOA

1. Dagozkion izapideak egin ondoren, nahitaezko baimenik gabe jarritako terrazak kentzeko aginduak betearaz ditzala, martxoaren 1eko 459/2018, 460/2018, 461/2018 eta 462/2018 dekretuekin bat, eta, horiek bete ez direla egiaztatu denez, behar diren giza baliabideak eta baliabide materialak jar ditzala aginduen betearazpen subsidiarioa aplikatzeko.
2. Dagozkion zehapen-espedienteak abiaraz ditzala, terrazak eta mahai hankabakarrak arautzen dituen ordenantza ez betetzeagatik, nahitaezko lizentzia izan gabe jabari publikoa okupatu den edo lizentzia ez edukitzeagatik instalazioa kentzeko eskakizuna bete ez den kasuetan.
3. Alda dezala terrazak eta mahai hankabakarrak arautzen dituen ordenantzaren 11.2. artikulua, eta ezar dezala oinezkoen pasabideak gutxienez bi metro zabal izan behar duela, oztoporik gabe, dentsitate txikiko urbanizazio edo eremuetarako zehaztutako salbuespenak salbuespen.

