



Arartekoaren 2017R-323-16 Ebazpena, 2017ko abuztuaren 31koa. Horren bidez, Orozkoko Udalari gomendatzen zaio ondorioz gabe utz dezala Goindegiko iturrira heltzeko bidearen erabilera eta jabari publikoa desafektatzeko udalbatzaren erabakia.

Aurrekariak

1. Arartekoak (...)k egindako kexa bat jaso du, Orozkoko Udalak izapidetu duen eta Urigoiti auzoan kokatuta dagoen Goindegiko iturri publikora heltzeko bidearen erabilera eta jabari publikoa desafektatzeko espedienteari buruzkoa.

Erakundeak beste kexa bat izapidetu zuen (Arartekoaren 2015eko urriaren 2ko 2015IR-215-15 Ebazpena), iturri publikora heltzeko bidearen titulartasuna ikertzeko espedienteari buruzkoa. Ondasun hori publikoa zela adierazi zen eta orain desafektatu nahi da.

Pertsona horrek azaldu duenez, bidea desafektatzeko espedientea irekitzea eta egungo iturriaren/askaren kokapena aldatzea arbitrarioa da eta ez dio interes orokorrari erantzuten. Izan ere, hiri-ekipamendu baten aldaketa zehatza planteatu da. Gainera, jatorrizko iturri/aska bertan behera uztea eta iturria beste leku batean jartzea proposatu duen pertsona (udalak proposamen hori onetsi du) haren aprobeitxamendu publikoa galarazten ari da 2011. urtetik.

Kexagilearen ustez, espedientean ez dago proposatu den desafektazioaren aukera-arrazoiak edo interes publikoa frogatzen dituen dokumentaziorik, ezta zonaren antolamendu berriaren egokitasuna bermatzen duen txosten teknikorik ere. Halaber, ez da ikusi "URIGOITI AUZOAREN URBANIZAZIOAREN" proiektu orokorrean (2010ean planteatu zen eta 2014an amaitu zen egikaritzen) aldaketak egiteko beharrik.

Horrez gain, interesdunaren arabera, desafektatzeko espedientearen azken xedea gero lursail baten gaineko trukea egitea da. Udalak horren titulartasun publikoaren zantzu nahikoak ditu, lehenengo eskorga-bidearen trazadura argitzeko 2007an ofizioski sustatu zituen jarduketaren ondoriozkoak. Udalak ez ditu jarduketa eta agiri horiek alde batera utzi behar; izan ere, berak izapidetu ditu eta haren artxiboetan daude.

Azkenik, salatu du desafektazioaren hasierako onespentetik ia urte bat pasa dela baina espedientea geldirik dagoela eta ez dela justifikatu informazio publikoaren izapidean aurkeztu ziren alegazioei erantzun arrazoitua emateko espedientea ebazteko atzerapena.

2. Erreklamazioan azaldutako kontuak ebaluatu ostean, Arartekoak informazioa eskatu zion Orozkoko Udalari. Horrek, lehen erantzunean, adierazi zuen





eragindako alderdi guztiekin hitz egiten ari zela, desafektatu beharreko bidearen zatiarekin trukatzeko lursail-zatia zehazteko asmoz. Horrela, udalak alderdi guztiak gogobetetzen dituen eta auzora heltzeko bidetik iturriaren irisgarritasuna hobetzen duen irtenbide bat lortu nahi du. Bestalde, udalean egon diren langile-aldaketen berri eman da aribideko espedienteak izapidetzeko atzerapen nabarmena justifikatzeko.

3. Horri guztiari dagokionez, Arartekoak beste informazio-eskaera bat izapidetu zuen, 2016ko urriaren 27an. Horren bidez, adierazi zuen erakunde honek mota horretako espedienteak izapidetzeko zailtasunak ulertzen dituela baina, udalari bidali zitzaion lehen informazio-eskaeratik ia zortzi hilabete igaro zirenez eta desafektatzeko espedientearen hasierako onespentetik gutxi gorabehera urte bat igaro zenez, espedientearen ebazpena arintzeko egokiak ziren neurriak hartu behar zituela.

Gainera, Arartekoak udalari esan zion ezen, aipaturiko espedientearen adostutako izapidetzean aurrera egiteko egindako hizketaldi eta kudeaketei dagokionez kexagilearekin harremanetan jarri ondoren, interesdunak adierazi duela ez dela harremanik egon duela hamar hilabetetik eta edozein kasutan udalak erabaki behar duela desafektazioa eta trukea bidezkoak diren, aurkeztutako alegazioak ikusita; hori guztia, behar bezalako argudio eta oinarri juridikoarekin.

4. 2017ko urtarrilaren 25ean, Orozkoko alkateak Arartekoari erantzun zion izapidetzen ari den desafektatzeko espedientearen helburua dela aipaturiko iturria sarbide hobearen duen toki batera lekualdatzea, horrela hobeto antolatutako espazio bat lortzeko. Horretarako, kokapen berria zehazten eta alderdi guztiak gogobetetzen dituen irtenbide bat adosten saiatu da.

Horregatik, jakinarazi du iturria kokatuko den leku berria ebatzi ostean orain arte geldirik egon den desafektatzeko espedientearekin jarraituko dela. Halaber, espediente hori bukatutakoan, trukeari ekingo zaio, auzoa antolatzeke helburuarekin.

5. Azkenik, udalbatzak, 2017ko otsailaren 14ko bilkuran, Goindegiko iturrira heltzeko bidearen erabilera eta jabari publikoa desafektatzeko espedientearen onetsi zuen, aurkeztutako alegazioak ebatzita. Hurrengo atalean aztertuko da erabakia.
6. Ondoren, interesdunak berraztertzeke errekurtsua, 2017ko martxoko 27koa, aurkeztu du desafektatzeko udalbatzaren erabakiaren aurka, baina ez zaigu jakinarazi Orozkoko Udalak ebatzi duenik.





Gogoetak

1. Kexaren xedeak aipatu du ez dagoela ados Goindegiko iturri publikora heltzeko bidearen erabilera eta jabari publikoa desafektatzeko espedientea geldiaraztearekin (2015eko otsailaren 10eko udalbatzaren erabakiaren bidez hasi zen) eta, ondorioz, ezarritako informazio publikoko izapidean interesdunak aurkeztu dituen alegazioak ez ebatztearekin.

Desafektatzeko prozedura hasteko udalbatzaren erabakiak zehazten duenez, espedientearen xedea ondasun hori ondare-ondasuntzat jotzea da, gero iturriaren kokapena aldatzea ahalbidetzen duen trukea egiteko.

Udalbatzaren erabakiak azpimarratzen du, lehenengo eta behin, espedientea atzeratu dela bai lursailaren jabea den alderdiari bai udalari ahalik eta kalterik txikiena egiteko formulak bilatzen ari direlako, baita aldi berean bide judiziala saihestekoak ere, emaitza judiziala zalantzakoa dela pentsatzen duelako eta, gainera, udalerriri gastua ekarriko litzaiokeelako.

Bigarrenik, udalbatzak honela justifikatu du desafektatzeko espedientea hasteko udalbatzaren erabakia:

“Independientemente de la posible vía judicial, la propiedad va a seguir teniendo derecho a cerrar su parcela siempre que cumpla con el urbanismo municipal. Y este cierre puede ser tal y como está ahora si un juez le da la razón, o puede ser un cierre alrededor de la fuente y del camino guardando las distancias con el mismo si el juez le da la razón al Ayuntamiento. Es decir, el aprovechamiento de la parte pública del terreno iba a quedar un tanto caótico.

Por eso, hemos estado negociando con la propiedad para trasladar la fuente y los metros de ocupación de lo que acabamos de declarar público, además del dominio público del mismo a otra parte de esa misma parcela, concretamente a la parte más al sur de la misma. Con esto conseguimos garantizar el acceso a la fuente y tener el espacio más ordenado.”

Bestalde, udalbatzaren 2017ko otsailaren 14ko erabakiak, hizpide den ondasunaren desafektazioa onesten duenak, interesdunak aurkeztutako alegazioak ezestea ebatzi du, argudio hauekin:

1. Ikerketa-espedientean egon behar zuen erabilera eta jabari publikoko beste ondasun bat egoteari buruz, 2015eko otsailaren 10eko osoko bilkuran ebatzitakoaren oinarri berberarekin ezetsi du, erabakiak iturria eta haren sarbidea aipatzen dituelako, ez beste ondasun batzuk.
2. Toki-erakundeen ondasunen kalifikazio juridikoa aldatzearen egokitasuna eta legezketasuna ziurtatzen dituen espedienterik ez





egoteari buruz, udalbatzak uste du legez xedatutako prozedurari jarraitu zaiola.

3. Egokierari dagokionez, espedientea hasteko 2015ean hartutako erabakian jadanik zehaztu zen sarbidea eta iturria publikoak direla adierazitakoan zuzena zela zona antolatzea irisgarritasun hobea emateko eta auzoa hobetzea lortzeko.

Beraz, soilki ikuspegi formaletik, pentsa daiteke kexa ebatzita dagoela; izan ere, hizpide den espedientearen geldiarazpena (interesdunak hori salatzen baitzuen) hemen aztertu den udalbatzaren erabakiaren bidez ebatzi da, interesdunak mahai gainean jarritako alegazioei erantzunez. Nolanahi ere, Arartekoak desafektatzeko espedientea ebazteko gehiegizko atzerapena azpimarratu behar du puntu honetan, kontuan hartuta, gainera, espazioa bitartean partikular bat okupatzen ari dela.

2. Aurkeztutako alegazioak ebaztean hartutako erabakiaren eduki materialari dagokionez, Arartekoaren aburuz kontuan hartu behar diren alderdiak aztertuko dira. Analisia udal-erabakiaren arrazoiketaren lehen eta hirugarren ataletan ardaztuko da nagusiki; izan ere, uste dugu jarraitutako prozedura, eskura dugun informazioaren arabera, legez xedatutako izapideekin bat etorri dela, azpimarratuko diren alderdi batzuk alde batera utzita.

Udalak interesdunaren alegazioa ezesteko eman duen lehen argudioak aipatu du desafektatzeko espedientearen xedea ez dela interesdunak aipatu duen ondasuna.

Desafektatzeko espedienteak zehatz-mehatz beste ondasun publiko bat aipatzen duen arren, egia da desafektazioaren azken xedea ondasun hori lursail pribatuko beste zati batekin trukatzeko dela, *"iturrirako sarbidea bermatzeko eta espazioa antolatuagoa edukitzeko"*. Hala ere, desafektazioa iturria truke-eragiketaren ondorioz udal-titulartasuneko bihurtuko litzatekeen espazio pribatu batean kokatzea ahalbidetzeko justifikatzen da; hortaz, espazio pribatu hori horrelakoa ez balitz eta, aitzitik, beste bide publiko batek zeharkatuta egon ahalko balitz, eragiketa ez litzateke egingarria, trukatu nahi den espazio pribatuaren titulartasunaren premisak huts egingo lukeelako. Horregatik, udalak aurretik edo aldi berean ebatzi behar du trukatu beharreko espazio pribatu hori bide publiko baten eraginpean egon litekeen, interesdunak salatu bezala.

Beraz, Arartekoaren iritziz, udalak, 2007. urtean hasitako jarduketak kontuan hartuta, udal-artxiboetan jasota egon behar baitute (lekuko-froga, planoak, idazkari kontu-hartzaileak Urigoiti auzoko bidearen existentzia eta trazadura egiaztatze aldera egindako lekuko-frogari buruz emandako ziurtagiria), interesdunak (besteak beste, 2015eko urriaren 9ko idazkiaren bidez) eskatzen duen ikertzeko espedientea ebatzi beharko luke, egokiak diren izapideak egin ostean. Arartekoak 2015eko urriaren 2ko ebazpenean eman zuen berariaz kontu horri buruzko iritzia. Hain zuzen, zera adierazi zuen:





“...beste ikerketa-espeditente bat susta dezake beti kexagileak, salaketa bidez, beharrezkotzat jotako zenbatekoaren gastuak aurreratuz (ekainaren 13ko 1372/1986 Errege Dekretuak onartu duen Tokiko Erakundeen Ondasunen Araudiaren 47. artikulua), eta bere asmoa defendatzeko egokitzen jotzen dituen frogak aurkeztuz.

Kasu horretan, espeditentea zabaltzea hitzartu aurretik, udal administrazioaren ardura izango da ikerketa jardueraren jatorriari buruzko aurretiko azterketa egitea (Ondasunen Araudiaren 48. artikulua).”

Egin nahi denaren moduko edozein truke-eragiketatarako, behar bezala egiaztatu behar da eskuratzen den ondasuna eskualdatzen duenaren titulartasunekoa dela. Hala ere, orobat aintzat hartu behar da Administrazioak, oro har, bere ondasunak eta eskubideak aldezteko behar diren ekintzak gauzatzeko **betebeharra** daukala (Toki Erakundeen Ondasunen Erregelamenduaren 9.2 artikulua); beraz, betebehar horrengatik ere ebatzi behar da aipatutako eskorga-bidearen litekeen titulartasun publikoari buruz sortutako auzia.

Eginbeharra da udalak jabari publikoko ondasunen edukitze-egoera berreskuratzea, hain zuzen: *“no está a merced de un criterio de discrecionalidad por parte de ella, pues si hay algo que esté sometido a principios de derecho imperativo y necesario, ese algo, de forma destacada, es el relacionado con el estatus de esta clase de bienes, algunos de ellos llamados incluso a desaparecer si no se establecieran frenos a la codicia de los particulares”* (2001eko apirilaren 23ko AGE, 3235/1993 kasazio-errekurtsoa, jurisprudentzia-dotrinari buruzko zuzenbideko zazpigarren oinarria, besteak beste 1990eko ekainaren 6ko AGE aipatuz).

Hitz batean, jabari publikoko ondasun bat desafektatzeko espeditentea truke-espeditenteaz bestelakoa den arren, kasu honetan, bi espeditenteok estu-estu lotuta daude, bata bestea justifikatzen duen arrazoia delako; beraz, erakunde honen ustez, bi espeditenteak aldi berean izapidetu behar dira edo, gutxienez, desafektatzeko espeditentean egiaztatu behar da truke-eragiketa bere garaian egingarria izango dela, batez ere 2007. urtean aipatutako bidearen titulartasunari buruzko ofiziozko ikerketa-prozedura bat hasi zela jasota dagoenez gero.

3. Hartutako erabakiaren aukera-arrazoiei dagokienez, laburbilduz, interesdunaren alegazio-idazkiak argudiatzen du ez dagoela hartu nahi den erabakia justifikatzen duen interes orokorreko arrazoirik espeditentearen izapidetzean.

Jurisprudentziak Herri Administrazioaren eskumeneko ahala gauzatzeko mugak zehaztu ditu; kasu honetan, udalak espeditentean egiaztatu behar dituen aukera-arrazoiekin lotzen ditu, Toki Erakundeen Ondasunen Erregelamenduaren 8. artikulua, udal-ondasunen kalifikazio juridikoaren





aldaketa arautzen duenak, ezarritakoaren arabera. Besteak beste, Auzitegi Gorenaren 1999ko ekainaren 1eko Epaiak, Administrazioarekiko Auzien Salaren 7. Atalarenak, bosgarren oinarrian, honela adierazten du:

“La discrecionalidad, en cualquiera de sus variantes, parte de la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones o, si se prefiere, resulta que su ejercicio permite una pluralidad de soluciones justas, o de optar entre alternativas que, en general, sean igualmente justas desde el punto de vista del Derecho o, tal vez mejor, “razonables”, desde el mismo punto de vista, por lo que el ejercicio de la potestad discrecional presupone una opción entre varias posibles, y una “razonabilidad” en un marco socio-cultural determinado, pero, precisamente por ello, la decisión discrecional exige, como inseparable de ella, la motivación, que es la que garantiza que se ha actuado racionalmente, y no arbitrariamente, y la que permite un adecuado control de los actos discrecionales, exigiéndose así una motivación “suficiente” que, al menos, exprese apoyo en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión (sentencia del Tribunal Constitucional 14/91), fórmula un tanto vaga, si se quiere, pero que tiene la ventaja de poder medirse caso por caso si se cumple o no con la “suficiencia” (sentencia del Tribunal Constitucional 100/87)...”

Udal-erabakia eragin duten arrazoiak, lehenengo eta behin, “Providencia de Alcaldía. Oportunidad”en, 2015eko otsailaren 6koan, daude jasota; hain zuzen, gaiaren inguruabarren eta aurrekarien berri eman ostean, zera adierazten du: *“Se considera que la desafección (sic) del camino de acceso a la fuente y la posterior permuta necesaria para el cambio de ubicación de la fuente sería beneficioso para los vecinos del Barrio, dado que la fuente quedaría mucho más accesible y el barrio más ordenado”*. Idazkari kontu-hartzailearen txostenaren arabera, aukera-arrazoi horiek legezkotasunarekin bat datoz.

Bestalde, udalbatzaren 2015eko otsailaren 10eko erabakiak, desafektatzeko espedientea hastekoak, azpimarratzen du iturrira heltzeko bidea publikoa dela aitortu dela eta *“el aprovechamiento de la parte pública del terreno iba a quedar un tanto caótico”*. Horregatik adierazten da hau: *“Por eso, hemos estado negociando con la propiedad para trasladar la fuente y los metros de ocupación de lo que acabamos de declarar público, además del dominio público del mismo a otra parte de esa misma parcela, concretamente a la parte más al sur de la misma. Con esto conseguimos garantizar el acceso a la fuente y tener el espacio más ordenado.”*

Azkenik, arestian aipatu denez, udalbatzaren 2017ko otsailaren 14ko erabakian esandakoaren arabera, aukera egiaztatuta dago; izan ere, iturrirako sarbidea eta iturria bera publikoak direla adierazi ostean, zuzena zen zona antolatzea, irisgarritasun hobea emateko eta auzoa hobetzea lortzeko.





Beraz, gero adieraziko dena (baieztatukoaren egiaztapen teknikoa) alde batera utzita, uler liteke badagoela arrazoibide "nahikoa" hartutako erabakiaren funtsezko oinarria jakiteko, hau da, alegatutako arrazoiak Administrazioaren jarduketa orok hartutako erabakian arbitrariotasunik eta agintea desbideratzerik ez aurpegiratzeko bete behar dituen interes publikoko arrazoiak direla edo osatzen dutela.

Dena den, arrazoi horiek hartutako erabakia justifikatzeko nahikotzat jo litezkeela onartu arren, espedientean ez da jaso, kexagileak adierazi duen bezala, inguruabar horiek hain zuzen benetakoak direnik. Kexagileak esan duen moduan, ez dago, enuntziatu batetik haraindi, egin nahi den antolamendu berriak benetan irisgarritasuna hobetzea eta espazio publikoa antolatzea xede duela baieztatze bide ematen duen txosten teknikorik edo proiekturik.

Aurrekoaz gain, erabakitako desafektazioak udal-planeamenduan duen estaldura ere aipatu behar da. Espazio publikoaren antolamendu berri bat eta zona edo espazio libre baten zedarriztapen berri bat egitean, jarduketa horrek hirigintza-euskarria eduki behar du, nahitaez. Horixe ezartzen du Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiaren 2001eko urriaren 26ko epaiak; hain zuzen ere, hirugarren oinarrian zera adierazten du:

"...El artículo 81 de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1.985, de 2 de Abril, y el artículo 8º del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1.372/1.986, de 13 de Junio, abren dos distintas posibilidades para alterar la calificación jurídica de un bien. Una es mediante "acuerdo adoptado", con voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación y previo expediente en el que se acredite su oportunidad y legalidad. Pero otra formula, es la "automática" o tácita de los respectivos apartado 2 y 4 de dichos artículos, que dentro de los supuestos de la misma incluyen el de aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana.

De este modo, la corporación local aparece vinculada por las calificaciones jurídicas que en el planeamiento definitivamente aprobado se contengan y decae, en consecuencia, su facultad de alterarlas voluntariamente mediante esporádico acuerdo plenario, siempre que, obvio es decirlo, tal calificación no sea modificada a nivel del propio planeamiento..."

Ondoren, epaiak aipatzen du muga horien oinarria dela indargabetze-ezintasun bereziaren printzipioak azken buruan ekartzen dituen lekapen-erreserbak debekatuta daudela. Hain zuzen, zera azpimarratzen du:

"... de no ser así se podrían dar además situaciones contradictorias y originadoras de inseguridad y hasta arbitrariedad, puesto que le bastaría en hipótesis a cualquier Administración con alterar singularmente la calificación de sus bienes para vaciar de contenido las previsiones y determinaciones urbanísticas que le afectasen y resultasen inconvenientes, teniendo en





cuenta en este punto que la formación de los planes urbanísticos no es tampoco de exclusiva e ilimitada competencia municipal, desvirtuándose de este modo el carácter de ordenación general, interrelacionada y equilibradora de todos los intereses territoriales, económicos y sociales que en el urbanismo aparece implicado, Artículo 3.1 y 13.2 TR-, por medio de fracturas o excepciones que aun pudiendo estar muy justificadas desde su aislada contemplación de intereses sociales y vecinales dignos de la mayor atención, no guardan coherencia con la satisfacción armónica de necesidades a que tal planeamiento aspira.”

Hortaz, ez da jaso Goindegiko iturri publikora heltzeko bidearen erabilera eta jabari publikoa desafektatzeari buruz hartutako ebazpenak indarrean dagoen plangintzan euskarria duenik, ezta espazio publikoaren irisgarritasun eta antolamendu hobeei buruz alegatutako arrazoiak espedientearen behar bezala justifikatuta daudenik ere. Ondorioz, erakunde honen aburuz, udalbatzaren erabakia ez dator bat legezketasunarekin.

Horregatik guztiatik, otsailaren 27ko 3/1985 Legeak —erakunde hau sortu eta arautzekoak— 11 b) artikuluan xedatutakoaren arabera, honako gomendio hau egiten da:

GOMENDIOA

1. Orozkoko Udalak, egokiak diren izapideak egin ostean, ondorioz gabe utz dezala udalbatzaren 2017ko otsailaren 14ko erabakia, Goindegiko iturrira heltzeko bidearen erabilera eta jabari publikoa desafektatzea erabakitzea.
2. Hala badagokio, desafektatzeko administrazio-espedientearen atzera eraman dezala, behar diren txostenak eta nahitaezko gainerako jarduketak gehitze aldera, aurreko gogoetekin bat etorriz.

