



**36/2003 GOMENDIOA, ABENDUAREN 19KOA, DONOSTIAKO UDALARI
EGINA, KALEKO SALMENTA BAIMENIK GABE EGITEAGATIK
KAUTELAZ KENDUTAKO SALGAIK ITZUL DITZAN, ARRAZOI
HORREGATIK KALTETUEI EZARRI DIEN ZIGORRA BALIORIK GABE
UTZ DEZAN, ETA EGINTZA HORIEK DIRELA-ETA ELKARTE
KEXAGILEAK UDALTZAINGOAREN ERREGISTROAN EGIN ZUEN
ESKABIDEARI ERANTZUN DIEZAION.**

Aurrekariak

1. (...) elkarteak erakunde honen esku-hartzea eskatu zuen, Donostiako Udaltzaingoak kaleko salmentan baimenik gabe ari ziren bi atzerritarri konfiskaturiko arropa itzul zezan, eta elkarte horrek Udaltzaingoaren Erregistroan egin zuen eskabideari -konfiskaturako salgaiak berreskuratzeko zer egin behar zen adieraz ziezaioten- espresuki erantzun ziezaion.

Gainera, elkarteak kexu zen Udaltzaingoak ez zuelako bete Mugikortasun eta Herri Bideen zinegotzi delegatuak emandako berariazko agindua, salgaiak beren jabee itzultzekoa.

2. Kexa hori ebazteko asmoz alkateari egin genion informazio eskaerari erantzunez, Donostiako Udalak Udaltzaingoaren komunikazio bat igorri zigun, eta honela justifikatu zuen salgaiak konfiskatzea: *"en aplicación de lo dispuesto en la Ley 7/1994, sobre Actividad Comercial en el País Vasco, y de la Ordenanza Reguladora de la Venta Ambulante en el término municipal de Donostia-San Sebastián, de fecha 20 de febrero de 1981, se procedió, con fecha 9 de marzo de 2003, a la denuncia e iniciación de procedimiento sancionador contra (...) por ejercicio de la actividad de venta ambulante sin autorización. Que se procede igualmente a la intervención de las mercancías puestas a la venta"*.

Komunikazio horretan, polizi agintaritzak ukatu egin zuen Mugikortasun eta Herri Bideen zinegotzi delegatuak salgai konfiskatuak itzultzeko agindua eman zionik.

Informazio horrekin batera, agiri hauen kopiak bidali zizkigun: kaltetutako bi pertsonetako bati buruz udaltzain batek egindako salaketa; pertsona hari salgaiak konfiskatzearen akta; konfiskaturiko salgaiak itzul ziezazkioten, interesdunak egin zuen eskabidea; eta elkarte kexagileak Mugikortasun eta Herri bideen zinegotzi delegatuari igorri zion idazkia, hura Udaltzaingoaren



arduradun zenez, esku har zezan, kaltetuek konfiskaturiko salgaiak berreskuratu ahal izateko.

Ez salaketan, ez salgaiak kentzearen aktan ez zen konfiskazioaren inolako arrazoirik agertzen, eta ez zen adierazten legez aurreikusitako zioetatik zeinek eragin zuen neurri hori. Agiriotan gai horretaz aurkitu genuen erreferentzia bakarra kaleko salmenta arautzen duen udal Ordenantzaren 23. artikulua aipamena izan zen; horren arabera, Ordenantzan agindutakoa urratzeagatik jartzen den zigorra da konfiskazioa.

Komunikazio horretan ez zen ezertxo ere adierazi elkarte kexagileak Udaltzaingoaren bulegoan egindako eskabideari ez erantzun izanaz.

3. Aipaturiko informazioa eta agiriak aztertu ondoren, konfiskazioa kautelazko neurria baino ez zela egiaztatu genuen, eta neurri hura hartzean, ez zirela bete maiatzaren 27ko 7/1994 Lege autonomikoak -Merkataritza Jarduerazkoak- horretarako exijitzen dituen formazko eta materiazko bermeak (44.1 artikulua). Horregatik, neurri hori indarrik gabe utzi behar zela iruditu zitzaigun.

Alkateari gure iritzia jakinarazi genion, eta, aldi berean, 1998ko ohiko txostenean egin genuen gomendio orokor baten kopia igorri genion, hain zuzen, *"Lizentziarik gabeko salmenta ibiltariari dagokionez poliziak izandako jarduera"* izenburukoa, bada, gure ustez, gomendio horren edukia osorik ezar zekioken kexan azaldutako gaiari. Halaber, salgaiak itzultzeko aginduaren kopia bat ere bidali genion. Udaltzaingoaren agintaritzak agindu horren berririk ez zuela zioen; alabaina, elkarte kexagileak adierazi zigunez, Mugikortasun eta Herri Bideen zinegotzi delegatuak helarazi zion agindu hori, salgaiak beren jabeen itzultzeko esku har zezan luzatu zion eskabideari erantzunez. Idazkia Udaltzaingoiari bidalitakoa zen, eta hauxe zioen: *"una vez leída con atención la carta recibida deseo se atiende la petición realizada por (...)"*.

Horrez gain, alkateari berriro argibideak eskatu genizkion Udaltzaingoak elkarte kexagilearen eskabideari ez erantzun izanaz.

4. Udalak Udaltzaingoaren beste komunikazio baten bidez erantzun zion gure balorazioari; komunikazio horretan, beste azalpenik eman gabe, bakar-bakarrik adierazi zuen hartutako kautelazko neurria zuzena zela, eta ez zegoela Mugikortasun eta Herri Bideen zinegotzi delegatuak salgaiak itzultzeko emandako agindurik. Gainera, zinegotzi horrek interesdunei salgaiak konfiskatzea eta isuna jartzea erabaki zuela adierazi zigun. Eta lege-urratzailei



konfiskazioaren akta nahiz salaketa jakinarazi zitzaizkiela, biak behar bezala arrazoituak zeudela, eta administrazioaren espedientea bideratzean ez zela babesteko eskubidea hautsi.

Aldi horretan ere ez zigun argibiderik eman elkarte kexagileak Udaltzaingoaren Erregistroan aurkeztutako eskabideari ez erantzun izanaz - udalak bidali zizkigun administrazio-espedienteen 24. orrialdean idatzita agertzen da eskabide hori-. Aitzitik, ulergaitza bada ere, zera adierazi zuen: elkarte horrek Mugikortasun eta Herri Bideen zinegotzi delegatuari bidali zion idazkiak -salgaiak beren jabeen itzultzeko esku har zezan eskatzeko- ez zuela erantzunik izan; guri elkarte horrek eskuratu zizkigun agiriaren arabera, ordea, eskabide hori onartu egin zuen zinegotzi hark, salgaiak itzultzeko agindua emanaz, nahiz eta udal agintaritzak horren berririk ez zuela esan.

Informazio hori ez ezik, zigor-erabakiaren eta horri lotutako jakinarazpenen kopia ere igorri zizkigun. Haatik, ez zigun bidali kautelazko neurria eta zigorra ezartzeko bideratutako prozedurari zegokion administrazio espedientearen kopia. Hori dela-eta, alkateari idatzi genion berriro, agiri horiek eskatzeko.

5. Gure eskariari erantzunez, bi administrazio espedienteren kopia jaso genituen: bata 306451/03 zenbakiko salaketari zegokion, eta bestea, berriz, 303824/03 zenbakiko salaketari.

Lehenbiziko espedientearen agiriok agertzen ziren:

- Salaketa. Agiri horretan ez zen ageri hartutako kautelazko neurriaren gaineko justifikaziorik. Eta ez hori bakarrik, baizik eta, gainera, kaleko salmenta arautzen duen udal Ordenantzaren 23. artikuluan oinarritu zuen legalki konfiskazioa; lehen azaldu dugunez, artikulua horrek zigor gisa aipatzen du konfiskazioa.
- Konfiskazioaren akta. Agiri horretan ere ez zen agertzen kautelazko neurriaren inolako azalpenik, eta, salaketarekin egindakoaren antzera, kaleko salmenta arautzen duen udal Ordenantzaren 23. artikuluan oinarritu zuen konfiskazioa.
- Salaketa egin zuen udaltzainaren eta egintzetan esku hartutako beste udaltzain baten txostena. Bertan, honela justifikatu zuen kautelazko neurria: *"Se procedió a identificar y solicitar el permiso a quien estaba ejerciendo la venta, manifestando carecer de autorización, por*



lo que se procedimos a decomisar la mercancía, levantando acta de decomiso junto con la correspondiente sanción" (sic). Orobat, interesdunari bai salaketa, bai konfiskazioaren akta jakinarazi zitzaizkiola adierazi zen txosten horretan.

- Administrazio Sailaren arduradunak sinaturiko idazkia. Hauxe zioen: *"Las mercancías intervenidas, según Acta nº 7656, no contienen identificación en cuanto a procedencia y fabricación, y no tienen marcado el precio de venta al público"*. Testu horrekin batera, eskuz idatzitako ohar hau: *"contiene únicamente etiqueta con país de procedencia"*.
- Interesdunaren idazki bat, non, zigor-prozeduraren hasiera artean ez zitzaiola jakinarazi azaltzeaz gain, zera eskatu baitzuen: *"que se le devuelva la mercancía decomisada, o se le conteste lo que en derecho proceda a juicio de ese ayuntamiento, a los efectos de reclamar lo que en justicia pueda hacer"*.
- Mugikortasun eta Herri Bideen zinegotzi delegatuaren erabakia. Horren bidez, interesdunari, zigor moduan, kautelaz kendutako salgaiak konfiskatu eta isun bat ipini zitzaion. Zigorra honela oinarritu zen erabaki horretan: *"las mercancías puestas a la venta no se encontraban identificadas en cuanto a procedencia y fabricación, no contenían los mínimos requisitos establecidos para su comercialización, es decir, entre otros, sin marcado de precio (art. 8.2) de la Ley de Actividad Comercial del País Vasco (Ley 7/1994), imposibilidad de devolución del producto y garantías del mismo (art. 16.3)"*.

Bestalde, beste salaketari zegokion prozedurako administrazio espedienteak, funtsean, agiri berberak zeuzkan, inguruabarren araberako moldaketak eginda, jakina. Haien mamia, oinarri-oinarrian, lehen aipatu duguna bera zen.

Orobat, (...)k zigorren kontra jarri zituen errekurtsioak eta hark emandako agiriak bidali zizkigun Udaltzaingoak.

6. Eskuratu diguten informazioaren arabera, errekurtsioak ez dira berariaz ebatzi.



Gogoetak

1. Kalean baimenik gabe saltzeagatik salgaiak kautelaz kentzeko aukera -hori gertatu zen kexa eragin duen kasuan- espresuki aurreikusia dago maiatzaren 27ko 7/1994 Lege autonomikoan, Merkataritza Jarduera arautzekoan. Salgaiak kendu ahal izateko, legeak bi baldintza batera gertatzea exijitzen du: batetik, salgaiak faltsutuak, iruzurrezkoak, identifikatu gabeak izatea edo merkaturatzeko ezarritako gutxieneko baldintzak ez betetzea ("*mercancías falsificadas, fraudulentas, no identificadas o que incumplan los requisitos mínimos establecidos para su comercialización*"), eta, bestetik, neurri hori ezinbestekoa izatea zigor-prozeduran har daitekeen erabakia eraginkorra izango dela ziurtatzeko. Eta, era berean, formazko hainbat berme betetzea exijitzen du: zehazki, zigor-prozedura hastea agindu duen agintari berberak hartu behar du salgaiak kentzeko erabakia, arrazoitutako erabaki baten bitartez, interesdunari entzun ondoren ("*mediante acuerdo motivado, previa audiencia del interesado*") (44.1 art.).

Haatik, otsailaren 20ko 2/1998 Legeak, Euskal Autonomia Erkidegoko herri-administrazioen zigortzeko ahalmenari buruzkoak, aldez aurretik interesdunari entzuteko izapidearen orde, geroago alegazio batzuk egiteko aukera ematen du kasu batzuetan: alegia, kautelazko neurria entzute izapidearen ondoren hartuz gero, neurriak bere indarra galduko lukeen kasuetan (31.2 art.).

Orobat, lege horrek entzute izapidea salbuesten du, baldin eta kautelazko neurria egintza ustez bidegabeak egiaztatu dituzten funtzionarioek hartzen badute -berariaz ikuskatze-lana egiten ari direnean- eta, gainera, 32. artikuluan aipatutako zertzeladaren bat gertatzen bada. Kasu horretan, legeak zigor-prozedura berehala hastera behartzen du, eta haste-ekintza horretan kautelazko neurriei buruzko arrazoiak ematera, neurri horiek mantenduz edota indargabetuz edo aldatuz. Nolanahi ere, neurriak iraungi egiten dira, horiek hartu ondoko lau egunetan prozedura hasten ez bada. Gainera, nahitaez bete beharra dago alegazioen izapidea -aurretiaz interesdunari entzutearen ordeko izapidea baita-, prozedura hasi eta berehala (32. art.).

Azpimarragarria da azken kasu horretan soilik har dezakeela kautelazko neurria zigor-ahalmena duen pertsona ez den beste batek.

Haatik, aurrekarietan islatu denez, udalak eskuratu dizkigun administrazio-espeditentek zera erakusten dute: kexa sortarazi zuten kautelazko neurriak ezein zigor-prozeduratik kanpo hartu zituztela egintzetan parte hartu zuten



udaltzainek; orobat, interesdunei ez zitzaizela eskaini arauzko entzute izapidea, ezta horren ordezeko alegazio izapidea ere; eta, azkenik, neurri haiek legean ezarritako gainontzeko betebeharrak -formazkoak nahiz materiazkoak- bete gabe hartu zirela. Lehen ere aipatu ditugu betebeharrak horiek. Egiaz, udaltzainek bete zituzten agirietatik (konfiskaturiko salgaiak kentzeko aktak, salaketak eta esku hartutako udaltzainen txostena) bakar batean ere ez da justifikatu, inola ere, kendutako salgaiak faltsutuak, iruzurrezkoak edo identifikatu gabeak zirenik, edo merkaturatzeko ezarrita dauden gutxienezko baldintzak betetzen ez zituztenik; era berean, agiri horietan ez da justifikatu zigor-prozeduran ezar zitekeen zigorraren eraginkortasuna ziurtatzeko konfiskazioa beharrezkoa zenik; eta agiri horietan ez da inolako azalpenik eman salgaiak kautelaz konfiskatzeko erabakia hartzeko egon ziren arrazoiez.

Aitzitik, administrazio-espeditentek erakusten dutenez, salgaiak kautelaz konfiskatzeko erabakia hartu zuten udaltzainak arrazoi bakar batean oinarritu ziren hori egiteko: salgai horiek baimenik gabe saltzen ari zirela. Nabarmena denez, horixe ondorioztatzen da, guk uste, udaltzainek paratu zuten txostenaren testutik -aurrekarietan transkribatutakoa da hori-, izan ere, txosten horretan, baimenik ez izatea ematen da, besterik gabe, konfiskatzeko arrazoitzat; baina gauza bera ondorioztatzen da kaleko salmenta arautzen duen udal Ordenantzaren 23. artikularen aipamenetik ere, bada, behin baino gehiagotan adierazi dugunez, artikulua horretan, bere xedapenetakoren bat urratze hutsagatik ezartzen diren zigorren artean agertzen da konfiskazioa.

"Lizentziarik gabeko salmenta ibiltariari dagokionez poliziak izandako jarduera" izenburuko gomendio orokorrean, erakunde honek luze-zabal aztertu zuen zer-nolako garrantzia duen legean ezarritako betebeharrak -formazkoak nahiz materiazkoak- zuzen betetzeak kexa sortarazi duena bezalako kasuetan kautelaz konfiskatzea erabakitzeke. Han agerian jarri genuenez, kautelaz konfiskatzeko erabakian bertan egoki arrazoitu beharra dago konfiskazio hori, kautelaz konfiskatzea legezkatzen duten premisetako batzuk batera gertatzen direla arrazoituz, eta justifikatu beharra dago neurri hori ezinbestekoa dela zigor-prozeduran har litekeen erabakia eraginkorra izango dela ziurtatzeko.

Azken gai hori berriz aipatu behar da, izan ere, udalak eskuratu dizkigun administrazio espeditentetan bi agiri agertzen dira, biak Administrazio Sailaren arduradunak sinatuak, eta horietan, kendutako salgaietan etiketatzeari dagozkion hainbat akats aipatzen dira, gure iritziz, udaltzainek hartutako neurria gero nolabait justifikatu nahian. Ez dakigu zertan oinarritu den aipatu arduraduna akats horiek daudela adierazteko, udaltzainek ez baitzuten



halakorik ikusi tokian bertan, eta ez baitzuten konfiskazioa akats horietan oinarrituta justifikatu, eta administrazio espedienteetan ere ez da horren berririk ematen. Dena den, hauxe da garrantzitsuena: ezarri behar den legeriaren arabera, kautelaz konfiskatzeko erabakian bertan azaldu behar direla arrazoiak, eta ez da nahikoa legez horrela jokatzeko ahalmena ematen duten premisetakoren bat gertatu dela adieraztea, baizik eta, halaber, balizko zigorra eraginkorra izan dadin neurri hori ezinbestekoa dela ere adierazi behar da; gainera, interesdunek arrazoi horiek ezagutu behar dituzte, entzute izapidean edo horren ordezkoa den alegazio izapidean, jakinaren gainean kritikatu ahal izan ditzaten erabakiaren oinarriak, erabakiaren kontra eraginkortasunez jo ahal izan dezaten, eta, azken batean, beren interesen aldeko defentsa antolatu ahal izan dezaten.

2. Bestalde, udalak eman dizkigun administrazio espedienteek zera erakusten dute: kaleko bi saltzaileei -udaltzainek salatutako egintzen ondorioz- zigorra ezartzea erabaki baino lehen, ez zela inolako prozedurarik hasi edo bideratu. Espediente horietan ez dago, egiaz, prozedura hasteko erabakiaren frogarik, ezta gainontzeko izapideenik ere, nahiz eta horiek nahitaezkoak diren edozein zigor-prozeduratan. Horixe agintzen dute azaroaren 26ko 30/1992 Legeak (127. artikulua eta hurrengoak), eta otsailaren 20ko 2/1998 Legeak, Euskal Autonomia Erkidegoko herri-administrazioen zigortzeko ahalmenari buruzkoak (34. artikulua eta hurrengoak).

Gogoan izan behar da prozedurak Konstituzioaren mailako garrantzia duela administrazioaren zigortzeko eskubidearen alorrean, defendatzeko eskubidea - Espainiako Konstituzioaren 24. artikuluan aitortua- gauzatzeko tresna delako. Garrantzi hori sarritan azpimarratu izan du Konstituzio Auzitegiak. Bere aburuz, artikulua horretan ezarritako bermeetako bat da, hain justu, honako hau: *"la exigencia de que el implicado disfrute de una posibilidad de defensa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el expedientado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga"* (Konstituzio Auzitegiaren 3/1999 Epaia, urtarrilaren 25ekoa, 4. oinarri juridikoa).

Beraz, legean ezarritako prozedura zeharo eta erabat bazter utzita hartu dira kexa honetan aipaturiko kaleko bi saltzaileei zigorra ipini dieten Mugikortasun eta Herri Bideen zinegotzi delegatuaren erabakiak, eta, gainera, erabakiok pertsona horien defentsa-eskubidea urratu dute. Horregatik, bi erabakiok erro-errotik baliogabeak direla uste dugu [azaroaren 26ko 30/1992 Legearen 62.1. artikulua a) eta e) atalak].



3. Zigor erabakiak aztertu ostean, biak behar bezala arrazoitu gabe daudela egiaztatu dugu, konfiskazio-zigorra ezartzeari dagokionez.

Kautelaz konfiskatzeko neurria hartzeko legean eskatzen diren premisak gertatu direla arrazoitzen da erabakian -eta, gainera, arrazoitzeko modua ez dator bat Administrazio Sailaren arduradunak adierazitakoarekin-, baina ez du justifikatzen zergatik ezarri duen zigorra, eta gogoan izan behar da konfiskatze-zigorrek aukerako izaera baino ez duela Merkataritza Jarduerari buruzko Legean, ez izaera automatikoa, zigortzeko organoak itxuraz ulertzen duen moduan (44.3 artikulua).

Zigorraren alderdi horri buruzko arrazoirik ez emateak, berriro ere, kaltetu egiten du pertsona zigortuen babesteko eskubidea.

4. Aurrekarietan adierazi dugunez, daukagun informazioaren arabera, interesdunek zigorren kontra jarri zituzten errekursoak oraindik ez dituzte ebatzi.

Orduan, zigortzeko erabakiak hartu zirenean kautelazko konfiskazioa iraungi zenez gero [otsailaren 20ko 2/1998 Lege autonomikoaren 31.8.a) artikulua], eta erabaki horietan kautelazko xedapenik agertzen ez denez gero, udalak ez dauka ahalmenik errekurso horien biderapenean konfiskazioa mantentzeko, ez baitago konfiskazio-zigorrik gauzatzerik errekursoak berariaz ebatzi arte (lege beraren 43.5 artikulua).

5. Bestalde, Mugikortasun eta Herri Bideen zinegotzi delegatuaren kontraesanezko jokaera nabarmendu nahi dugu, eskuratu dizkiguten agirietan ondorioztatzen baita: hasieran kautelaz konfiskaturiko salgaiak itzultzeko agindu zuen, eta gero, aldiz, salgai berberak konfiskatzeko zigorra ezarri zuen.

Orobat, zinegotzi horrek agindua betearazteko orduan izan zuen geldotasuna azpimarratu nahi dugu, eta Udaltzaingoak behin eta berriz agindu hori bazela ukatu izana, inolako azalpenik eman gabe gainera, nahiz eta, aurrekarietan esan dugunez, elkarte kexagileak eskuratu zigun aginduaren kopia bidali genion.

6. Azkenik, adierazi behar dugu Udaltzaingoak nahitaez berariazko erantzuna eman behar diola elkarte kexagileak haren Erregistroan egin zuen eskabideari (azaroaren 26ko 30/1992 Legearen 43.1 artikulua). Eskabide hori udalak igorri dizkigun bi administrazio-espeditenteen 14. orrialdean agertzen da.



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

36/2003 GOMENDIOA, abenduaren 19koa, Donostiako Udalari egina

Itzul ditzala 306451/03 eta 303824/03 zenbakiko salaketen ondorioz kautelaz kendu zituen salgaiak, baliorik gabe utz ditzala arrazoi horregatik kaleko bi saltzaile kaltetuei ezarri zizkien zigorrak, eta erantzun diezaiola elkarte kexagileak Udaltzaingoaren Erregistroan 2003ko martxoaren 14an egin zuen eskabideari.