



Resolución 2016R-1033-15 del Ararteko, de 19 de mayo de 2016, por la que se recomienda al Ayuntamiento de Zaldibia que tramite la autorización de la ocupación del espacio público con terrazas y gire la correspondiente tasa por el aprovechamiento lucrativo.

Antecedentes

1. (...) y (...) presentaron una queja ante el Ararteko por la falta de respuesta y actuación del Ayuntamiento de Zaldibia ante los problemas que tenían para acceder con vehículo al garaje de su propiedad situado en (...).

Estas personas explican que han solicitado en diversas ocasiones que se regule el orden de prioridades para el uso del espacio público a través del que acceden al garaje de su propiedad. Este acceso es utilizado por una terraza de un bar-restaurante contiguo lo que impide, en muchas ocasiones, el paso rodado, obligando a las personas afectadas a solicitar a los usuarios del establecimiento de hostelería que se levanten para que el vehículo pueda pasar, con las consiguientes molestias y problemas.

Ante esta situación, han solicitado reiteradamente al Ayuntamiento que regule la utilización de dicho espacio y delimite la ocupación del espacio público con mesas y sillas, dejando libre el paso de vehículos. Al no obtener respuesta alguna a su pretensión, solicitan la intervención de esta institución.

2. A la vista de la queja solicitamos información al Ayuntamiento de Zaldibia que, después de un requerimiento y un apercibimiento, con fecha 29 de septiembre de 2015, respondió en los siguientes términos:

“Momentu honetan Zaldibiako udalak hiri antolaketarako plan orokorra onartu du lehenengoz eta dokumentua jendeaurrean dago.

Dokumentu honekin batera herrian dauden hainbat espazio publikoen erabilera aztertzen ari da, era batera edo bestera erabilera hau erregulatzeko.

Kasu horretan dago Iztueta plaza. Erantsita doan udal arkitektoaren txostenean argi ikusten da Iztueta plazaren erabilera oinezkoentzat izan daitekeela ze inguruko garajetako sarrera galerazten ez delako.

Iztueta plazan (...) jatetxea kokatzen da eta mahaia eta aulkiak jartzen ditu plazan (argazkitan ikusten da bezala) 5 metroko pasadizoa utzirik.

Baliteke, momentu puntualetan eta jende asko dagoenean pasoa galeraztea era batera, horregatik udalak aztertzen ari da Iztueta plaza





kotxeentzat ixtea eta oinezkoentzat izatea, egoteko leku aproposa delako.

Gaia herritarrekin hirigintza kontuak aztertzeko eratzen den batzordean ikusiko da, eratu eta bezain pronto.

Bilera honen ondorioz udalak erabakia hartuko du.”

Del informe del arquitecto municipal que se acompaña a esta respuesta cabe reseñar lo siguiente:

- El nuevo espacio se ha originado tras la urbanización de la antigua GI-2133, con la creación en ambos extremos de esta calle urbanizada de sendas plazoletas triangulares: la plazoleta de Txamarretxe-Arrese de uso peatonal con servidumbre de paso de vehículos y la plazoleta Etxabenea destinada a aparcamiento.
- En dicho espacio, la actividad de hostelería *“ha dispuesto dos bandas de mesas, una adosada a la casa, que mantiene esa ocupación a través de la historia y otra alrededor de la jardinera de obra, situando las mesas bajo la copa de los árboles.”*
- Hay una ocupación efectiva de la plazoleta pública por parte tanto de los clientes del bar-restaurante como por los peatones y habitantes de los edificios cercanos, a quienes no puede limitarse el paso en una zona de convivencia.
- El acceso rodado a la vivienda del reclamante es posible desde ambos extremos de la calle, siendo idéntica la maniobrabilidad desde ambos accesos.
- El técnico que suscribe el informe *“considera que la entrada de vehículos desde la plazoleta peatonal de Txamarretxe-Arrese no es fundamental para acceder hasta la casa (...), ya que cuenta con otro acceso desde la plazoleta de Etxabenea-Txapeletxe, conectada con la carretera GI-2133 y con uso de aparcamiento público al aire libre, acceso desde el que además no se irrumpe en un espacio de uso predominantemente peatonal, concebido como tal desde el Proyecto de Urbanización redactado y ejecutado tras el traspaso de titularidad de la antigua carretera GI-2133 al haberse construido la Variante de este vial.”*
- Finalmente indica que el Ayuntamiento debería redactar una Ordenanza particular sobre la ocupación de los espacios públicos por parte de las terrazas al aire libre de los bares y restaurantes del núcleo urbano, al objeto de delimitar la ocupación del mobiliario por parte de los negocios,





aunque en ningún caso podrá limitarse la circulación peatonal en espacios destinados a ese fin.

3. A la vista de esta respuesta solicitamos al Ayuntamiento de Zaldibia ampliación de la información facilitada en los siguientes términos:

- Sobre el modo de garantizar el acceso con vehículo a través de la plaza Iztueta, en tanto en cuanto no se adopten otras medidas como la prohibición de circulación de vehículos, destinando todo el espacio a uso exclusivamente peatonal.
- Sobre las medidas adoptadas y/o a adoptar relativas a la legalización de la ocupación del espacio público con terrazas, con delimitación, en su caso, del espacio que se permite ocupar.
- Sobre si el ayuntamiento liquida las tasas por ocupación del espacio público a las terrazas instaladas en el municipio.

4. El Ayuntamiento de Zaldibia en su respuesta indica que:

“...Zaldibiko udalak plan orokorra idazten ari den heinean udaleko hainbat espazio publikoen izaera eta erabilera aztertu du; hain zuzen, herriko plaza itxi egin du Santa Fe, 28,30,32,34 eta 36 etxetara sarrera bermatu ondoren.

Bestalde, Santa Fe, 7, 9 eta 11 etxeen artean dagoen espazio ere bereganatu egin du era batera edo bestera urtetan egiten zen erabilera publikoa formalizatzeko.

Iztueta plazari dagokionez udalak erabaki du hirigintzako lan taldean ikusi eta aztertu ondoren oinezkoentzat uztea, Santa Fe 49, 51,53 eta 55 etxetara ibilgailuen sarbidea bermatuz, plazatik pasatu gabe.

Iztueta plaza ibilgailuentzat ixteko Zaldibiko udalak hobekuntzak egingo ditu abendua eta urtarrilean gelditzen den espazioa arautzeko.

Iztueta plazan dagoen tabernak izango du mahaiak eta aulkiak ateratzeko baimena eransten dudan planoaren arabera.

Bukatzeko informatu nahi da Zaldibiko udalak espazio publikoa okupatzeagatik mahai eta aulkiekin tasa baduela baina espazio publikoa arautzen ez duen bitartean ez du aplikatzen.”





Consideraciones

1. La queja tramitada plantea las dificultades de las personas interesadas para acceder con vehículo al garaje de su propiedad. Esta situación proviene, a su entender, por la ocupación de este espacio peatonal, con servidumbre de paso de vehículos, con las mesas y sillas de un bar-restaurante contiguo.

Ante estas dificultades, las personas afectadas demandan el establecimiento de los requisitos para la utilización de dicho espacio y la delimitación de la parte de la plaza que se autoriza ocupar con mesas y sillas, de tal forma que los vehículos autorizados a acceder por el espacio peatonal lo puedan hacer libremente y sin obstáculos.

Según indicamos en los antecedentes, ante esta demanda, el Ayuntamiento de Zaldibia ha optado por cerrar la plaza Iztueta para vehículos y destinarla exclusivamente para el uso peatonal, autorizando al bar-restaurante existente en la plaza la instalación de mesas y sillas en una zona delimitada.

2. El urbanismo se configura como una función pública municipal al servicio del interés general y es en ese contexto en el que los Ayuntamientos ejercen competencias de ordenación urbanística, disponiendo de la facultad de ordenar y organizar los espacios urbanizados.

Para el ejercicio de esas competencias, los Ayuntamientos disponen de una amplia potestad discrecional, es decir que pueden optar por una determinada ordenación y organización del espacio público en lugar de otra u otras alternativas que también pueden ser igualmente válidas y razonables. Ahora bien, para poder realizar en cada caso el juicio de adecuación de la medida es imprescindible conocer las razones concretas que la justifican y la finalidad que se pretende alcanzar con ella.

Los tribunales han subrayado la importancia de la motivación y de la razonabilidad de la solución adoptada. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de noviembre de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª- recurso nº562/2000), delimita la actuación discrecional, en los siguientes términos:

La discrecionalidad, en cualquiera de sus variantes, de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1999 (dictada en recurso 6767/1993), 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).

Así pues, el control de tal potestad discrecional no se detiene simplemente por la presencia de una resolución administrativa en que la misma sea ejercitada, sino que la revisión de la discrecionalidad exige la ausencia de una aplicación razonada y racional de tal potestad, cuyo ejercicio requiere razonar y motivar la decisión adoptada, de suerte que en ningún momento pueda tildarse de arbitraria la actuación administrativa."

En el caso que ahora estamos enjuiciando el ayuntamiento analizó las dos alternativas posibles (según se extrae de las diferentes actas de las reuniones celebradas para analizar el asunto y los informes aportados), a saber:

- Mantener la situación actual, es decir un espacio peatonal con servidumbre para el paso de vehículos. Las reclamantes entendían que esta alternativa representaba la defensa del espacio público, mientras que la otra opción suponía dejar el espacio público para beneficio de un negocio privado.
- Eliminar el acceso de vehículos por la zona ahora autorizada, al estar garantizado el acceso a la vivienda de las personas que presentaron la queja por el lado contrario de la calle (resulta la misma maniobrabilidad desde ambos accesos, según el informe técnico). Esta solución se considera por la mayoría de los participantes en la comisión informativa más coherente con la finalidad de ganar espacios para la peatonalización, sin merma para el acceso con vehículo a la vivienda de las personas que presentaron la queja que está garantizado.

Por tanto, el motivo principal aducido por el Ayuntamiento para esta solución es que el acceso con vehículos a la propiedad de las reclamantes se puede realizar por el otro extremo de la calle y estiman más conveniente que este espacio quede exclusivamente para el uso peatonal y de estancia, en pura lógica con la dinámica seguida por el municipio de creación de nuevas áreas peatonales.

Ciertamente, en la actualidad es una finalidad perseguida por la ordenación urbanística la de ganar espacios urbanos de calidad para los peatones, restringiendo y/o limitando el uso del vehículos. Desde este punto de vista, en línea con la sentencia que se cita, cabe considerar que la decisión discrecional adoptada está dentro de la razonabilidad y responde al momento socio-cultural actual en el que las actuaciones urbanísticas se han encaminado a ganar espacios de estancia para las personas.

3. En el plano material, cabe analizar el modo en que el Ayuntamiento de Zaldibia ha materializado o, más bien, anuncia que va a materializar la ordenación de ese espacio público.

A pesar de que en la última respuesta recibida se indica que el Ayuntamiento va a autorizar la ocupación del espacio público con mesas y sillas al bar-restaurante ubicado en la plaza Iztueta (Txamarretxe-Arrese), en realidad todavía no ha formalizado tal autorización ni ha determinado las condiciones en las que la ocupación del espacio público se va a producir, de tal forma que falta el título habilitante para la ocupación del espacio público, debiendo considerar que entre tanto la ocupación, aunque tolerada, es ilegal.

El uso común especial normal de los bienes de dominio público se sujetará a licencia, ajustada a la naturaleza del dominio, a los actos de su afectación y apertura al uso público. Las licencias se otorgan directamente (artículo 77 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio). Por lo tanto, el Ayuntamiento está obligado a legalizar la ocupación del espacio público mediante la preceptiva licencia que deberá determinar las condiciones de la instalación autorizada, incluida la delimitación del espacio a ocupar.

Tal como ya indicamos en su momento, aunque no exista una ordenanza reguladora sobre el particular, el Ayuntamiento puede y debe establecer los requisitos y condiciones de estos aprovechamientos lucrativos en los propios acuerdos de autorización. Todo ello, sin perjuicio de considerar el interés de la regulación mediante ordenanza de este tipo de ocupaciones, por lo que representa de puesta a disposición de los vecinos y vecinas para conocer de antemano y, en su caso, presentar las alegaciones y sugerencias que estimen oportunas en el preceptivo trámite de exposición pública.

Con respecto a las concretas condiciones para la instalación de la terraza, a la hora de fijar los requisitos de la ocupación del espacio público, debemos enlazar la cuestión con la conclusión a la que hemos llegado en la consideración anterior, a saber, que entra dentro de la razonabilidad la decisión municipal de destinar el espacio público de la plaza para el uso peatonal y de estancia. Sin embargo, cabe analizar si la instalación de terrazas que representa un uso lucrativo es compatible con el uso público general y en tal sentido esta institución ha entendido que los ayuntamientos deben tener siempre en cuenta la finalidad principal de estos espacios. Así,





en nuestra ***“Resolución 2015R-205-15 del Ararteko, de 28 de octubre de 2015, por la que se recomienda al Ayuntamiento de Bilbao el cumplimiento de la ordenanza del espacio público en la instalación de terrazas.”*** (el texto íntegro consta en la dirección www.ararteko.eus), enmarcábamos la problemática de la compatibilidad de usos, en los siguientes términos:

“Los ayuntamientos han realizado un ingente esfuerzo inversor para la mejora y recuperación de los espacios públicos de calidad para las personas. Así, entre otras medidas, podemos citar: la renovación de las urbanizaciones con la mejora de la accesibilidad de los itinerarios peatonales; la ampliación de las aceras para fomentar la movilidad peatonal; la mejora del mobiliario urbano; la peatonalización de zonas céntricas de la ciudad, etc.

Sin embargo, todas estas medidas públicas tendentes a ganar espacios para el peatón, enmarcadas en las políticas de fomento de la movilidad sostenible, parecen entrar en una cierta contradicción con la proliferación de terrazas y veladores (entre otros elementos e instalaciones) que invaden los nuevos espacios públicos recuperados, limitando en gran parte cuando no obstaculizando el uso común general por parte de todas las personas usuarias de las aceras, de las calles peatonales, de los parques, etc. “

También indicamos en esta recomendación que:

“Las terrazas y veladores, qué duda cabe, forman parte del paisaje urbano y son un elemento asociado a la prestación de los servicios de hostelería, de los que se benefician las personas usuarias habituales de estas instalaciones de ocio. Ahora bien, los Ayuntamientos no pueden perder la perspectiva de que se trata de autorizaciones para el uso privativo con finalidad lucrativa de unos espacios que pertenecen a toda la ciudadanía.

En suma, a la hora de tratar esta cuestión no debe perderse la perspectiva de conjunto respecto a la naturaleza propia del espacio público, a las afecciones de las terrazas que excluyen el uso común, con especial referencia a los vecinos colindantes y al hecho de que el uso privativo autorizado está asociado a la prestación de servicios lucrativos de la hostelería.”

Enmarcada así la problemática planteada, según el reportaje fotográfico anexo al informe del arquitecto municipal, en la zona de la jardinera arbolada central existe mobiliario urbano público para la estancia de las personas y, sin embargo, las mesas y sillas instaladas por el bar-restaurante envuelven cuando no impiden el uso común general y diferenciado para todas las personas usuarias. A nuestro entender, resulta necesario diferenciar el espacio público de uso general del espacio destinado al uso lucrativo, de tal





manera que el disfrute por todas las personas no resulte obstaculizado por el uso de la clientela de la terraza.

4. Otro aspecto que debe tener en cuenta el Ayuntamiento a la hora de fijar las condiciones de la licencia es la relativa a la ordenación de la accesibilidad del espacio público. La regulación en esta materia está dirigida a garantizar la accesibilidad del entorno urbano a todas las personas que tengan dificultades no sólo de movilidad, sino también de comunicación o cualquier otra limitación psíquica o sensorial (Artículo 1 de la Ley 20/2007, de 4 de diciembre, para la Promoción de la Accesibilidad).

En desarrollo de la Ley citada, el Decreto 68/2000, de 11 de abril, aprueba las normas técnicas sobre condiciones de accesibilidad de los entornos urbanos, espacios públicos, edificaciones y sistemas de información y comunicación. A los efectos que aquí interesan, el artículo 4.2.1.5 del Anexo II, relativo a las condiciones técnicas sobre accesibilidad en el entorno urbano, determina lo siguiente:

*“El mobiliario urbano se dispondrá o colocará alineado en el sentido longitudinal del itinerario peatonal. En caso de aceras, **en el borde exterior, nunca junto a la fachada** y en todos los casos sin reducir la anchura libre del itinerario peatonal a menos de 2,00 metros y no menos de 1,50 metros en las aceras de las urbanizaciones de densidad igual o inferior a 12 viviendas/hectárea.”*

Por su parte, el epígrafe 4.2.1.7 del Anexo II, determina que:

*“Las **actividades eventuales o permanentes instaladas en los espacios libres de uso público o junto a los itinerarios peatonales**, tales como kioscos, puestos de venta o exposición, terrazas en hostelería, u otros similares no interferirán nunca el itinerario peatonal y deberán de ser diseñadas teniendo en cuenta su accesibilidad.”*

5. Finalmente, debemos referirnos al hecho de que el Ayuntamiento dispone de Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por ocupación del espacio público, aunque según ha indicado en la respuesta facilitada a esta institución no tiene intención de aplicarla en tanto en cuanto no regule esa cuestión.

Sobre este particular, lo primero que debemos señalar es que la regulación mediante ordenanza de los requisitos a los que debe sujetarse la ocupación del espacio público no es premisa necesaria para la liquidación de la tasa correspondiente. Las tasas, una vez acordada su imposición y aprobada la correspondiente ordenanza fiscal, resultan de obligatoria aplicación siempre que se produzca el hecho imponible de la ocupación privativa del espacio público.





La ordenanza fiscal nº 6 del Ayuntamiento de Zaldibia regula la utilización privativa del dominio público o su aprovechamiento especial y resulta de aplicación en todo el término municipal (artículo 2), obliga al abono de la tasa a los titulares de las licencias o, en su defecto, **“a los que obtengan el beneficio del aprovechamiento”** (artículo 5), según los supuestos que se relacionan en el anexo. Así, se incluyen, entre otros, los supuestos de ocupación del espacio público con mesas y sillas.

Por tanto, la falta de liquidación y cobro de la tasa por la ocupación del espacio público con mesas y sillas representa que el Ayuntamiento de Zaldibia está haciendo dejación de sus derechos recaudatorios, además del correlativo deber de gestionar debidamente los recursos públicos.

Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el art. 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se eleva la siguiente

RECOMENDACIÓN

1. Que tramite en debida forma la autorización para la ocupación con mesas y sillas del espacio público de la denominada plaza Iztueta o Txamarretxe-Arrese con los requisitos y condiciones que tenga por convenientes y de conformidad con el marco legal referenciado.
2. Que delimite debidamente los usos públicos y privados del espacio, respetando el disfrute por la generalidad de las personas del mobiliario urbano público instalado en la zona.
3. Que liquide, según determina la correspondiente ordenanza fiscal, la tasa preceptiva por la ocupación del espacio público con mesas y sillas.

