

SENTENCIA N.º 108/2022

En Bilbao, a tres de mayo de dos mil veintidós.

Vistos por mí, ALFONSO ÁLVAREZ-BUYLLA NAHARRO, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 5 de Bilbao, los autos del recurso contencioso administrativo ordinario nº 253/2020, seguido a instancia de D. JOSÉ MARÍA ZARÁTE BUSTINZA, representado por la procuradora D^a Isabel Mardones Cubillo y defendido por el letrado D. José Ángel Esnaola Hernández, frente al AYUNTAMIENTO DE ZAMUDIO, representado por la procuradora D^a Idoia Malpartida Larrinaga y defendido por el letrado D. Jon Saiz Pradana, en relación con el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Zamudio, de 14 de septiembre de 2020, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zamudio de seis de febrero de 2020, por el que se acordada abrir expediente de investigación de oficio del camino de Oxinaga, declarando de naturaleza pública el camino Uxina, he venido a dictar la presente sentencia a partir de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día trece de noviembre de 2020 tuvo entrada en el Decanato de Bilbao escrito de la procuradora Sra. Mardones Cubillo en representación de D. José María Zárate Bustinza por el que se interponía recurso contencioso administrativo contra el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Zamudio, de 14 de septiembre de 2020, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zamudio de seis de febrero de 2020, por el que se acordada abrir expediente de investigación de oficio del camino de Oxinaga, declarando de naturaleza pública el camino Uxina, recurso turnado a este Juzgado y admitido a trámite por decreto de veinte de noviembre de 2020.

Segundo.- Recabado el correspondiente expediente administrativo, se presentó el escrito de demanda en fecha 16 de junio de 2021, en la que se instaba del Juzgado el dictado de una sentencia que acordara la anulación del acto recurrido.

Tercero.- Dado traslado a la Administración demandada, procedió a contestar representada por la procuradora Sra. Malpartida Larrinaga, por escrito de veinte de julio de 2021.

Cuarto.- Con fecha 22 de septiembre de 2021 se dictó auto acordando recibir el procedimiento a prueba y admitiendo a la parte actora prueba documental y testifical de D. Asier Amarica Zárate, en tanto a la parte demandada se admitió prueba documental, citándose a las partes para la práctica de la prueba el día dos de febrero de 2022.

Quinto.- Practicada la prueba, se emplazó a las partes para la formulación de conclusiones escritas, y una vez verificado el trámite, por diligencia de ordenación de catorce de marzo de 2022 quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De la resolución recurrida y los motivos de impugnación

Impugna la parte actora el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Zamudio por el que se destinaba le recurso de reposición interpuesto frente Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zamudio de seis de febrero de 2020, por el que se acordada abrir expediente de investigación de oficio del camino de Oxinaga, declarando de naturaleza pública el camino Uxina. Señala el recurrente en su escrito de formalización de la demanda que el objeto del contencioso es la adecuación a Derecho de la resolución recurrida en cuanto a cuestiones principalmente procedimentales, sin que en ningún se solicite que se entre a conocer sobre cuestiones de propiedad del camino al que se refiere el acto recurrido, pues es bien sabido para para ventilar cuestiones de propiedad o derechos reales la jurisdicción competente es la civil, y no la contencioso administrativa.

La parte recurrente considera que el acto impugnado incurre en varios motivos de nulidad. Así, se señala en primer lugar que se incurre en vicio de falta de competencia para la resolución del recurso de reposición interpuesto frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de seis de febrero de 2020, pues tal recurso fue resuelto por Decreto de la Alcaldía de Zamudio y no por nuevo Acuerdo del Pleno, como impone el art. 123 de la Ley 39/2015, de uno de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de la Administraciones Públicas, añadiendo que para la resolución del recurso era preceptivo recabar informe de la Secretaría del Ayuntamiento y dictamen de la Comisión informativa (art. 123 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986 de 28 de noviembre. Por lo demás, la propia naturaleza del acto recurrido (expediente de investigación de oficio de titularidad) impone que sea decidido por el Leno y no por la Alcaldía. Ello supone, a decir del recurrente, nulidad de pleno derecho por aplicación del art. 47.1.b) de la Ley 39/2015. En segundo lugar, refiere la parte actora que el decreto impugnado fue dictado en el marco de un expediente ya caducado, de acuerdo con la regulación contenida en los arts. 21.1 y 3 y 25.1.b) de la Ley 39/2015, y en coherencia con los propios actos del Ayuntamiento que ya había declarado caducados dos expedientes anteriores en idénticas circunstancias, sin que el recurrente considere acertadas las conclusiones del letrado externo asesor respecto de la exclusión del cómputo para determinar la caducidad del período en que el expediente estuvo suspendido.

Como tercer motivo, aduce el recurrente falta de motivación del acto atacado así como ausencia de la preceptiva fiscalización de la Secretaría-Intervención del Ayuntamiento, que en este caso se ha sustituido, sin base legal para ello, por informe de un letrado asesor externo al Ayuntamiento. En cuanto a la falta de motivación, señala la parte actora que la resolución impugnada no da respuesta a cuestiones debidamente suscitadas en el recurso de reposición como las alegaciones referidas a la ausencia de informe del Secretario del Ayuntamiento, la alegaciones sobre caducidad y las referidas a la recusación de D^a Teresa Garagalza. A ello añade la aplicación de normas derogadas y contenidas en la Ley 30/1992, que ya había perdido su vigencia al momento de dictarse el acto inicialmente recurrido.

En cuarto lugar, denuncia el demandante que no se ha dado curso al incidente de recusación frente a la Sra. Garagalza, oportunamente solicitada.

Se alega asimismo existencia de desviación de poder, ya que considera que el expediente de investigación no se ha aperturado en defensa de intereses públicos sino con la finalidad última de derribar las estacas colocadas por el recurrente; añade que no cabe iniciar un expediente de investigación sobre el camino Uxina, pues el mismo ya consta como de titularidad privada sin que se ofrezca indicio alguno de titularidad pública que justifique tal investigación. Todo ello supone, a juicio del recurrente, una clara desviación de poder que vicia de nulidad todo el expediente.

Segundo.- De la contestación del Ayuntamiento

Frente a tales argumentos, el Ayuntamiento de Zamudio defiende la legalidad de la Resolución señalando, en cuanto a la competencia para resolver e recursos de reposición, que el art. 21.1.k) de la Ley de Bases del Régimen Local (Ley 7/1985, de dos de abril), así como razones de economía administrativa y de eficacia y eficiencia justifican que no se convocara un Pleno para resolver el recurso de reposición, sino que fuera resuelto por el Alcalde.

En relación con la caducidad del expediente, se apunta que en fecha 28 de mayo de 2018 se acordó la suspensión del procedimiento por Decreto de la Alcaldía dictado a instancia del propio recurrente, siendoalzada por nuevo Decreto de seis de febrero de 2020, fecha en la que se dictó el Acuerdo de Pleno confirmado por el Decreto objeto del presente contencioso, por lo que aquél fue dictado dentro del plazo de meses cuya superación habría hecho operar la caducidad, que no puede entenderse producida con base en lo expuesto. Discrepa el Ayuntamiento del hecho de que el haberse celebrado una reunión de la Comisión de Urbanismo, Obras, Servicios, Medio Ambiente y Vivienda el día cinco de febrero supusiera que en esa fecha se había de tener por alzada la suspensión, al entender la demandada que tal comisión no dicta actos administrativos resolutivos, sino que es meramente preparativa del Pleno. Tampoco considera relevante estos efectos que la notificación referente a la Administración General del Estado fuese efectiva el día diez de febrero de 2006.

Continúa la Administración demandada exponiendo que en contra de lo que se señala en el escrito de demanda, obra en los folios 637 a 666 del expediente informe de la Secretaria del Ayuntamiento, e indica que la motivación del acto es profusa y que aunque se citen artículos de la Ley 30/1992, todos ellos se reproducen en la vigente Ley 39/2015, por lo que el error en la especificación de los preceptos no es un error que invalide toda vez que se cita regulación materialmente vigente. Asimismo, destaca en relación con las alegaciones vertidas en el escrito de 20 de marzo de 2018, que las mismas son reproducción de las presentadas en escrito de 12 de diciembre de 2017, ya respondidas en su momento.

En cuanto a la recusación de la perito Sra. Galagarza, la contestación a la demanda se remite al informe-propuesta obrante en los folios 637 a 666 del expediente, considerando, de una parte, que las causas de recusación previstas para los empleados públicos no son aplicables a peritos externos, y de otra que la Sra. Galagarza no tiene interés alguno en el asunto ni enemistad manifiesta con la parte recurrente.

Por último, se niega que concorra desviación de poder, por cuanto el expediente se abrió para dirimir las dudas trasladadas por dos vecinos al Ayuntamiento respecto a la titularidad y uso del camino, por lo que la Administración se ve obligada a llevar a cabo la investigación procedente al efecto.

Tercero.- De la alegación de falta de competencia

Comenzando por la alegación de nulidad absoluta del acto por falta de competencia del órgano para emitir el acto recurrido, ha de señalarse que con carácter general, le recurso de reposición ha de ser resuelto por el mismo órgano que dictó la resolución impugnada. Así lo dispone el art. 123.1 de la Ley 39/2015 de uno de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por otra parte, no debe olvidarse que el art. 22.21) de la Ley de Bases de Régimen Local (Ley 7/1985, de dos de abril) atribuye al Pleno del Ayuntamiento la competencia sobre la alteración de la calificación jurídica de los bienes de dominio público.

Por su parte, el art. 34 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (Real Decreto 1372/1986, de trece de junio) atribuye al Pleno la competencia para aprobación, rectificación y comprobación del inventario de bienes de la Corporación. El Acuerdo del Pleno de seis de febrero de 2020 disponía la *actualización del camino Uxina recogida actualmente en el Inventario de Bienes del Ayuntamiento, con la descripción del mismo recogida en el informe técnico de fecha 20 de abril de 2018 que consta en el presente expediente*. No cabe duda, pues, de que el Acuerdo se dicta en ejercicio de las comprendidas atribuidas en exclusiva al Pleno por los dos preceptos citados, por lo que el recurso de reposición contra el mismo no podía ser resuelto por órgano distinto, pues es de toda lógica que si el alcalde no tiene costead para resolver sobre la actualización del inventario, menos aún la tendrá para resolver recursos sobre las resoluciones dictadas al respecto por el Pleno.

Toda vez que el art. 47.1.b) de la Ley 39/2015 sanciona con nulidad absoluta los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, y vista la falta de competencia del Alcalde para resolver el recurso de reposición, ha de declararse la nulidad de la resolución del mismo por las causas apuntadas, ordenando la retroacción de actuaciones y devolviendo el expediente a la Administración demandada para que el recurso de reposición sea resuelto por el órgano competente para ello.

Cuarto.- De las costas

La estimación del recurso conlleva la imposición de costas a la Administración demandada, limitadas por todos los conceptos a la cantidad de 500 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la procuradora Sra. Mardones Cubillo en representación de D. José María Zárate Bustinza contra el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Zamudio, de 14 de septiembre de 2020, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zamudio de seis de

febrero de 2020, por el que se acordada abrir expediente de investigación de oficio del camino de Oxinaga, declarando de naturaleza pública el camino Uxina, que se declara contrario a Derecho y anula por falta de competencia del órgano emisor del acto recurrido, ordenando la retroacción de actuaciones y devolviendo el expediente a la Administración demandada para que el recurso de reposición sea resuelto por el órgano competente para ello

Con imposición de costas a la Administración demandada, limitadas por todos los conceptos a la cantidad de quinientos euros.

Notifíquese a las partes.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 391700000025320, 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 15.ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado(a) que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.