

SENTENCIA nº 260/14

En Oviedo, a 30 de diciembre de dos mil catorce.

Vistos por el **Ilmo. Sr. D. Jorge Fernández Punset**, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Oviedo, los presentes Autos de Recurso Contencioso-Administrativo seguido por **Procedimiento Ordinario nº 91/14** sobre **Administración Local**, instado por el Procurador D. _____, en nombre y representación de **D.** _____

bajo la dirección letrada de D. _____

Es demandado el **Ayuntamiento de Oviedo**, representado por la Procuradora Doña _____ y defendido por el Letrado D. _____

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28 de marzo de 2014 se presentó recurso contencioso administrativo en el Juzgado Decano de esta ciudad, correspondiendo su conocimiento por turno de reparto al nº 5 de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Oviedo, contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Oviedo de 29 de enero de 2014 por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto por los demandantes frente al Acuerdo del Pleno de fecha 31 de octubre de 2013 por el que se concedió a los Concejales no adscritos una asignación equivalente al componente variable por miembro fijado para los Grupos Políticos.

SEGUNDO.- Formalizada la demanda y contestada la misma, se denegó el recibimiento del pleito a prueba por proveído de fecha 30-9-14. Ambas partes presentaron conclusiones escritas en el plazo concedido a tal efecto.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales salvo los plazos procesales por concurrir con procedimientos preferentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Oviedo de 29 de enero de 2014 por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto por los demandantes frente al Acuerdo del Pleno de fecha 31 de octubre de 2013. En esta última fecha se celebró sesión ordinaria del Pleno del Ayuntamiento de Oviedo en la que se rechazó la moción presentada por el Grupo Municipal de Foro Asturias y se adoptó, entre otros, el siguiente acuerdo:

“Reconocer a cada uno de los Concejales no adscritos una asignación para el desarrollo de su actividad política municipal equivalente al componente variable por miembro fijado para los Grupos en el Acuerdo Plenario de 11 de julio de 2011. El destino y justificación de estas asignaciones queda sujeto a los mismos condicionantes señalados en el citado acuerdo Plenario”.

El 29 de noviembre de 2013 se presentó por los ahora recurrentes un recurso de reposición contra dicho Acuerdo. En el se interesaba lo siguiente: “a) Se declare nulo, anule o revoque y deje sin efecto el Acuerdo impugnado, así como b) Se ordene la devolución de las cantidades que hubieran sido percibidas ilegalmente en virtud del ilegal Acuerdo”.

Para los recurrentes, los Concejales no adscritos no pueden beneficiarse de los recursos materiales y económicos puestos a disposición de los grupos políticos de la corporación, de conformidad con el art. 73.3.párrafo tercero de la LBRL. En consecuencia, no tienen derecho a la asignación de ninguna cantidad económica otorgada a los grupos municipales, ya sea de carácter fijo o variable. Consideran que esa atribución es una vulneración del Pacto Antitransfuguismo y de la citada norma legal por cuanto supondría que los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos fueran superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento demandado interesa en primer lugar que se declare la inadmisibilidad del recurso por concurrir la causa del apartado b) del artículo 62 de la Ley Jurisdiccional, por falta de legitimación de los recurrentes. También interesa la inadmisibilidad del recurso en cuanto se interpone frente a una supuesta “desestimación presunta” del recurso de reposición frente al Acuerdo Plenario de 31/10/2013, al amparo del apartado c) del artículo 62 de la ley Jurisdiccional, al tratarse de un “acto presunto” inexistente, puesto que se ha adoptado un Acuerdo expreso por el Pleno de 29/1/2014.

Respecto del fondo del asunto, se solicita la desestimación del recurso por considerar que los acuerdos impugnados se han dictado de conformidad con el Ordenamiento Jurídico. El ayuntamiento de Oviedo dice que ninguna irregularidad se produce por el hecho de que el Pleno acuerde el reconocimiento de esta dotación, de carácter indemnizatorio, puesto que el vigente “Reglamento Orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Oviedo”, aprobado por primera vez por Acuerdo Plenario de 6/9/2004, dispone en su artículo 6 (en línea con el art. 75.4 LBRL) que *“Los Concejales tienen derecho a percibir las retribuciones e indemnizaciones que correspondan a su régimen de dedicación, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 75 de la ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y a las disposiciones que dicte el Pleno en desarrollo del mismo”*. Señala la defensa municipal que no es necesario que el Reglamento Orgánico fije el estatuto jurídico del régimen indemnizatorio de los Concejales sino que, por habilitación del propio Reglamento, y del propio art. 75.4 LBRL, puede

realizarse por el Pleno, mediante el correspondiente acuerdo, que es, en definitiva, lo que aquí ha sucedido.

Por último, considera que, en cuanto a la pretensión de los recurrentes en punto a que los Concejales no adscritos procedan a la devolución de las sumas que hubieren percibido en concepto de tal asignación económica, en ningún caso cabría hablar de la concurrencia de una nulidad de pleno derecho en el Acuerdo Plenario de 31/10/2013. Consecuentemente con ello, sólo podría predicarse la anulabilidad del mismo, por lo que los efectos de ésta serían *ex nunc* y no *ex tunc*

TERCERO.- La excepción procesal de falta de legitimación debe desestimarse desde el momento en que choca frontalmente con el apartado 1.b) del art. 63 de la LBRL, el art. 209.2 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, complementado por el art. 211.3 del mismo texto reglamentario, y una consolidada jurisprudencia (sentencias de 12 de enero de 1994 y de 21 de enero de 2003 entre otras) que otorga al concejal o miembro de la corporación local discrepante la posibilidad de accionar frente el acuerdo municipal contra el que ha votado. La pretensión deducida en vía administrativa y reiterada en esta sede no fue estimada en ningún momento por lo que no puede hablarse de fraude de ley ni de abuso de derecho ya que el voto en contra de la propuesta de estimación parcial buscaba la estimación íntegra, a la que nadie se sumó.

Por otro lado, la peculiar impugnación bifronte que contiene el escrito de interposición de recurso puede entenderse en virtud de la poca claridad del Acuerdo de 29 de enero de 2014. En efecto, en dicha sesión se dio cuenta del recurso de reposición y se sometió a consideración el informe del Secretario general del Pleno sobre el recurso interpuesto, que había sido dictaminado favorablemente por la Comisión Plenaria de Economía e Interior. Finalizadas las intervenciones, se sometió a votación el dictamen y resultó rechazada la propuesta dictaminada. Si bien no se hizo mención expresa a la desestimación del recurso debe interpretarse que tácitamente sí se rechazó por cuanto no se estimó ni en su integridad ni parcialmente, que era lo que se proponía. En consecuencia, dado que existe ese acto expreso y que los actores han supeditado supletoriamente la admisión del recurso contra la desestimación presunta a la inexistencia de aquél, decae y se evapora cualquier pretensión impugnatoria que descansa en el silencio administrativo.

CUARTO.- El art. 73.3 de la LBRL prevé, efectivamente, que el Pleno de la corporación, con cargo a los Presupuestos anuales de la misma, podrá asignar a los grupos políticos una dotación económica que deberá contar con un componente fijo, idéntico para todos los grupos y otro variable, en función del número de miembros de cada uno de ellos, dentro de los límites que, en su caso, se establezcan con carácter general en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y sin que puedan destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la corporación o a la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial. A su vez, se dispone que los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación.

Las consideraciones jurídicas expuestas en el informe del Secretario General del Pleno sobre el recurso interpuesto, en cuanto a que la asignación aprobada carece de toda cobertura legal, son perfectamente asumibles. Y en ese sentido debe

reproducirse la sentencia del TS de 5.6.2012 cuando precisa que *“en cuanto al tercer motivo planteado, referido a los derechos económicos de los concejales no adscritos recogidos en el artículo 19 bis del ROM estableciendo el reconocimiento de una dotación económica singularizada y directamente dirigida a ellos, habrá de correr la misma suerte desestimatoria que los anteriores , ya de entrada, reiterando la clara motivación que ofrece la sentencia de instancia del precepto en relación con el artículo 73.3 LBRL. Efectivamente, la vida municipal por naturaleza se ejerce mediante la participación en "grupos municipales" y a partir de tal evidencia ha de decaer el otorgamiento de carta de naturaleza a una dotación económica que no regula el artículo 73.3 LBRL ni que tampoco puede entenderse insita en la remisión que se realiza al ROM, puesto que sólo lo realiza a efectos de "forma", y no con la capacidad de modificar la legislación básica estatal y hacer nacer nuevos derechos no comprendidos en ese precepto. Estamos enteramente de acuerdo con la fundamentación ofrecida en la instancia relativa que por su claridad no requiere mayores consideraciones que sólo constituirían redundancia. No estamos ante un límite exclusivamente de máximos cuantitativos sino que debemos confirmar que no es posible la creación de una nueva dotación que no se corresponde con las reconocidas a los concejales individualmente considerados, generando por tanto, la aparición de una nueva figura, intermedia, de facto, no reconocida en la legislación estatal.”*

La asignación discutida tampoco tiene la naturaleza de indemnización por gastos realizados en el ejercicio de su cargo y en ningún extremo del Acuerdo se contempla como tal. Carece de cualquier encaje en el ámbito objetivo regulado en el art. 9 del Real Decreto 62/2002, de 24 de mayo sobre indemnizaciones por razón del servicio, y tampoco puede acudir a la jurisprudencia que siguió a la sentencia del TS de 18 de enero de 2000 para darle un perfil análogo. Se configura como una retribución para el desarrollo de su actividad política municipal, en cuantía equivalente al componente variable por miembro fijado para los Grupos en el Acuerdo Plenario de 11 de julio de 2011. En este Acuerdo se decidió otorgar una dotación anual a los grupos constituida por un componente fijo de 37.096 euros por grupo y otro variable de 10.091 euros por miembro. Por tanto, su carácter fijo e idéntico al componente variable que perciben los miembros de los grupos, sin relación alguna con gastos concretos realizados o perjuicios sufridos por razón del cargo, impide su adecuación al art. 75.4 de la LBRL y en el fondo supone equiparar a los concejales no adscritos a un grupo político.

De conformidad con lo dispuesto con el art. 62.1 f) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre son nulos los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Huérfana la asignación atribuida de cualquier apoyo legal o normativo, debe apreciarse y declararse la nulidad del Acuerdo y de los actos dictados en ejecución del mismo, con la consecuencia jurídica de ser obligatoria la devolución de las cantidades abonadas indebidamente por dicho concepto.

QUINTO.- Sin especial pronunciamiento sobre las costas procesales, al existir discrepancias jurídicas relevantes que evitan el criterio del vencimiento, art. 139 L.J.C.A.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y especial aplicación.

FALLO

Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por

contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Oviedo de 29 de enero de 2014 por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo del Pleno de 31 de octubre de 2013, declarando su nulidad y la obligación de devolución de las cantidades abonadas indebidamente como asignación a cada uno de los Concejales no adscritos, por la disconformidad a derecho de la actividad administrativa impugnada.

Sin especial pronunciamiento sobre las costas procesales

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella cabe recurso de apelación a interponer dentro de los quince días siguientes al de su notificación.

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

E/

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, celebrando audiencia pública en el siguiente día a su fecha, de lo que yo, Secretario, doy fe.