



**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00464/2022

PONENTE: D^a. CRISTINA MARIA PAZ EIROA

RECURSO: RECURSO DE APELACION 7114/2022

APELANTES: M.M.L.; CONCELLO DE A CORUÑA

Procurador: ANA VAZQUEZ CORTE

Letrado: ELENA MARIA DIAZ VALVERDE; LETRADO DEL AYUNTAMIENTO

APELADA: XXXX

Procurador: FRANCISCO JAVIER AMADOR PARDO

Letrado: MARIA DEL CARMEN MACEIRAS NEIRA

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos. Sres. e Ilma. Sra

Francisco Javier Cambón García-Presidente

Cristina María Paz Eiroa

Juan Carlos Fernández López

En la ciudad de A Coruña, a **20 de diciembre de 2022.**

Vistos los autos de recurso de apelación seguidos ante esta Sala con el número 7114/2022, interpuesto por doña M.M.L. y por el Ayuntamiento de A Coruña contra la sentencia de 13 de abril de 2022 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 1 de La Coruña en el procedimiento ordinario 33/2021; siendo parte apelada doña XXXX.

Es Ponente la Ilma. Sra. Doña Cristina María Paz Eiroa.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-administrativo 1 de La Coruña dictó sentencia el 13 de abril de 2022 en el procedimiento ordinario 33/2021 con el fallo que sigue: «Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador D. Francisco Javier Amador Pardo, en nombre y representación de D^a XXX, frente a resolución de la Alcaldía-Presidencia de A Coruña con número DEC/AYT/8453/2020 de 2 de diciembre de 2020, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por la demandante (concelleira en el Concello de A Coruña del Grupo Municipal Marea Atlántica) frente a los Decretos de la Alcaldía DEC/AYT/5749/2020 y DEC/AYT/5801/2020; declarando nulo el DECRETO 5749/2020 da Alcaldía Presidencia do Concello da Coruña, de 1 de septiembre de 2020, dejando el mismo sin efecto en los siguientes apartados: Apartado por el que se resuelve nombrar miembro de la Xunta de Gobierno local a D.^a M.M.L.. Apartado por el que se establecen las Áreas de Gobierno correspondientes a la organización y estructura de la Administración municipal, nombrando como responsable del Área de Gobierno de Deportes a D.^a M.M.L.. 2º; declarando nulo el DECRETO 5801/2020 da Alcaldía Presidencia do Concello da Coruña, dejando el mismo sin efecto; y acordando que se proceda por el Ayuntamiento a cuantificar las cantidades percibidas como consecuencia de dichos acuerdos, que deberán ser reintegradas al Ayuntamiento con los intereses correspondientes. Todo ello, con imposición de costas al Ayuntamiento hasta un límite de 700 euros (más IVA si procede) en cuanto a los honorarios de la letrada de la parte recurrente». Por auto de 25/05/2022 se estimó solicitud de aclaración «en el sentido de que las cantidades a reintegrar son las que resultan de la diferencia entre las cantidades percibidas en ejecución de los Acuerdos anulados y las que le correspondían con anterioridad a D^a M.M.L.».

SEGUNDO.- Doña M.M.L. y el Ayuntamiento de A Coruña interpusieron, respectivamente, recurso de apelación mediante escrito razonado conteniendo las alegaciones en que se fundamentaban los recursos y suplicando la revocación de la sentencia apelada.

TERCERO.- Se dio traslado del recurso de apelación a la contraria. Doña XXXX presentó escrito de oposición al recurso de apelación suplicando que se confirme la sentencia.



CUARTO.- La Sala señaló para la votación y fallo el día 16/12/2022.

QUINTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aceptamos los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- *«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» -art. 3.1 CC-.*

«A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan con excepción de aquellos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos» -art. 73.3, párrafo primero, LBRL-. Según lo dispuesto en la ley, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos o tendrán la consideración de miembros no adscritos. Las palabras de la ley son claras; no procede interpretarlas.

«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» -art. 73.3, párrafo segundo, LBRL-. Los derechos económicos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiese correspondido de permanecer en el grupo de procedencia. Las palabras de la ley son claras; no procede interpretarlas.

No se discute que doña M.M.L. tiene la consideración de miembro no adscrito, ni que los actos administrativos impugnados le reconocen derechos económicos superiores a los que le hubiesen correspondido de permanecer en su grupo de procedencia. La sentencia apelada, en cuanto

concluye que *«las resoluciones recurridas vulneran lo dispuesto en el artículo 73.3 de la LBRL, pues suponen que la concejala no adscrita asume nuevos cargos económicos con incremento de sus retribuciones»*, ha de ser confirmada.

Doña M.M.L. y el Ayuntamiento de A Coruña, apelantes, alegan que la sentencia infringe el art. 73.3 LBRL interpretado conforme a las sentencias del TS de 26/10/2020 y 16/12/2020 que cita, dictadas en un *«contexto de transfuguismo que en el supuesto aquí enjuiciado no concurre»*. Pero, ya lo hemos visto, las palabras de la ley son *«miembros no adscritos»*; donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir. Y, la sentencia apelada no distingue, antes bien, refiriéndose a la STS 26/10/2020, concluye que *«es a estos miembros no adscritos a los que se aplica la limitación del párrafo tercero, que interpreta la sentencia de 26 de octubre de 2020 [...]»*. Tampoco el TS en las sentencias citadas, por más que, como el art. 73.3 LBRL, hayan sido dictadas en un *«contexto de transfuguismo»*.

TERCERO.- Las apelantes alegan también que la sentencia, en cuanto ordena el reintegro de las cantidades percibidas, infringe el ordenamiento jurídico por las razones que exponen en sus escritos respectivos, que hemos de rechazar.

En primer lugar, porque la STS de 16/12/2020 dictada en el recurso 1855/2019, que reitera la anterior de 26/10/2020 dictada en el recurso 3320/2020, desestima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ Valencia de 26/12/2018 que confirma la del Juzgado que ordena al Ayuntamiento cuantificar las retribuciones indebidamente satisfechas y exigir su devolución. El TSJ Valencia, primero, lo da por supuesto; el TS, después, no hace salvedad al respecto. En cualquier caso, estamos en grado de apelación: en la medida en que no infringe la jurisprudencia que aplica y no hay otra en contra, no hay razón para revocar la sentencia.

En segundo lugar, porque el art. 73.3 LBRL 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»*. La validez hasta su anulación de los efectos de los actos que infringen el art. 73.3 LBRL equivaldría a la no aplicación del mismo. Tal es el *«encaje legal»* (términos del ayuntamiento apelante) de la medida acordada: imposición expresa del art. 73.3 LBRL.

Hasta aquí, bastaría para la desestimación de los recursos de apelación.



Después, respondiendo en adelante ya a los argumentos de las dos apelantes, porque la sentencia no reconoce o restablece una situación jurídica individualizada sino que declara la disconformidad con el derecho de los actos administrativos impugnados por ser contrarios al ordenamiento jurídico y los anula totalmente con las consecuencias inherentes a la anulación -art. 71.1.b) LJCA en relación con el art. 73.3 LBRL-.

Porque no se trata de la «*devolución de ingresos al erario público*» (también palabras del Ayuntamiento); se trata de que lo percibido no está permitido -está prohibido- ex art. 73.3 LBRL.

Porque la norma aplicable es, repetimos, el art. 73.3 LBRL, que especifica que los derechos económicos de los «*miembros no adscritos*» no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia; no el art. 75, sobre los derechos retributivos de los «*miembros de las corporaciones locales*».

Porque no hay enriquecimiento injusto ya que no hay desplazamiento patrimonial cumpliendo los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico; antes bien, lo que hay es percepción de cantidades no reconocidas o prohibidas por este.

Y, porque la mención de la responsabilidad patrimonial es extraña a la actuación objeto de impugnación.

Procede la desestimación de los recursos de apelación.

CUARTO.- Se imponen a cada apelante las costas de su recurso porque se desestima, hasta un máximo de 1000 euros (más IVA) a cada una -artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa-.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido.

Desestimar los recursos de apelación interpuestos por doña M.M.L. y por el Ayuntamiento de A Coruña contra la sentencia de 13 de abril de 2022 dictada por el Juzgado de

lo Contencioso-Administrativo 1 de La Coruña en el procedimiento ordinario 33/2021.

Imponer a cada recurrente las costas de su recurso hasta un máximo de 1000 euros a cada una.

Contra esta sentencia cabe interponer, bien ante el Tribunal Supremo, bien ante la correspondiente Sección de esta Sala, el recurso de casación previsto en el artículo 86 de la Ley Jurisdiccional, que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de treinta días y cumpliendo los requisitos indicados en el artículo 89.2 de dicha ley.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el magistrado don Juan Carlos Fernández López a la sentencia de 20 de diciembre de 2022, dictada en el recurso de apelación número 7114/2022.

Desde el máximo respeto a la decisión adoptada por la mayoría, y con amparo en lo dispuesto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, manifiesto mi discrepancia frente a la sentencia citada, por las razones que expongo.

PRIMERO.- Nada tengo que oponer a los antecedentes de hecho, ni tampoco a los dos primeros fundamentos de derecho de la sentencia citada, si bien considero necesario que se dé respuesta al alegato que formularon las letradas de las apeladas, a propósito de que la baja de la concejala de su partido político y la posterior asignación de nuevas responsabilidades no supuso la alteración del régimen de mayorías.

Así, tal incidencia no fue tenida en cuenta en las SSTS de 26.10.20, rec. 1178/2019, y 16.12.20, rec. 1855/2019, para fijar su doctrina sobre la interpretación que merecía el



artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local; no obstante, ambas hicieron una observación de interés a los efectos de dar respuesta a lo que aquellas letradas alegaron.

En efecto, tras fijar la doctrina correctamente aplicada por la sentencia de instancia, así como la de 16.12.22, el Tribunal Supremo examinó los casos concretos sometidos a su fiscalización, para recordar el derecho insoslayable que cualquier concejal (adscrito o no) tenía de participar en los órganos colegiados de gobiernos y votar, lo que representaba un núcleo indisponible que comportaba derechos políticos y económicos ligados a la condición de concejal y derivados del mandato representativo otorgado por los electores y que no podían ser negados ni limitados a los concejales no adscritos; entre esos derechos, además del de participar en los plenos con voz y voto, se incluían también los de ejercer funciones de control político, presentar preguntas, mociones, enmiendas y votos particulares, o efectuar ruegos y preguntas o ejercer el derecho a la información y ostentar los honores y tratamientos propios de todo concejal, como recordó la STS de 24.01.20, rec. 5035/2018). Así pues, y como acabo de indicar, el derecho de voto que ostentan también los concejales tránsfugas no fue determinante para fijar la doctrina sobre la interpretación que merecía la limitación impuesta en el artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

SEGUNDO.- La discrepancia que muestro se refiere al pronunciamiento que la sentencia de 16.12.22 hace para confirmar íntegramente la apelada, según la motivación que recoge en su fundamento de derecho, al justificar la procedencia del reintegro de las sumas indebidamente percibidas por la concejala no adscrita en que el artículo 73.3 de la LBRL no las permite, de modo que viene a equiparar de forma automática la causa de la anulación con los efectos que de ella se derivan; en la misma línea, afirma que "no se trata de la 'devolución de ingresos al erario público'; se trata de que lo percibido no está permitido -está prohibido- ex art. 73.3 LBRL".

No estoy de acuerdo con ninguna de esas afirmaciones, si bien, antes de justificar mi postura adversa, considero que la sentencia de 16.12.22 tenía que haber dado respuesta a una de las alegaciones que formuló la letrada municipal, por ser una exigencia impuesta en el artículo 33.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa; me refiero a la imposibilidad de que la demandante pudiera ejercitar una pretensión de reintegro. Así, desde mi punto de vista, tal pretensión sí sería posible, al ser una posible consecuencia derivada de la declaración de

nulidad de la resolución municipal de 02.12.20 que confirmó las dos precedentes de 01.09.20 y 04.09.20, sobre nombramiento y retribuciones de la concejala no adscrita, por lo que considero que la juzgadora de instancia sí que tenía que entrar al fondo de ese debate.

Realizada esta observación complementaria, voy a argumentar mis discrepancias con las dos afirmaciones que he reproducido al comienzo, para amparar mi postura en el sentido de que no procedía ordenar el reintegro de las retribuciones que en exceso había recibido doña M.M.L., por más que las resoluciones de la alcaldesa fueran disconformes a derecho, tanto en cuanto al alcance económico, como al político de su anómala decisión. Y ello es así por estas dos razones:

Así, en primer lugar, considero oportuno referirme a lo que la jurisprudencia ha indicado a propósito de que los efectos de la nulidad se producen desde que es declarada, como ha indicado la STS de 30.11.22, rec. 7126/2020, que cita la de 28.01.21, rec. 3734/2019, así como otras muchas intermedias; no puedo negar que tales sentencias añadieron que el efecto temporal de la declaración de nulidad era sin perjuicio de los límites establecidos por la ley en materia de prescripción de las obligaciones de la Hacienda Pública, pero entiendo que tal declaración tiene algún matiz, como lo es el que después añadiré. Sea como fuere, lo cierto es que, hasta tanto no se anula la resolución administrativa de que se trate, viene produciendo los efectos que le son propios, que en este caso se tradujeron en que la señora M.L. prestó los servicios encomendados y percibió las contraprestaciones fijadas, extremos que no resultan en absoluto negados.

En efecto, no puede negarse que las resoluciones de 01.09.20 y 04.09.20 se tenían que presumir legítimas, de modo que constituían el título habilitante para ejecutarlas, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 38, 39 y 97 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, a salvo de que se hubiera adoptado alguna medida cautelar tendente a suspender su eficacia, lo que no fue el caso (ni siquiera se solicitó), y de ahí que si la concejala no adscrita fue nombrada miembro de la Junta de Gobierno Local y después jefa del Área de Gobierno de Deportes, tenía que desempeñar tales funciones, con toda su intensidad y extensión, lo que no sólo suponía que adoptara las decisiones administrativas propias de sus cargos

-con la consiguiente validez y eficacia que se les supone-, sino también que percibiera las retribuciones aparejadas, más aún cuando no consta que esa concejala hubiera actuado de mala fe para conseguir sus nuevas funciones, pues fue la alcaldesa (previos los informes oportunos) quien adoptó la decisión irregular.



Y en segundo lugar, no se le podía reclamar el reintegro de las percepciones porque ninguna norma lo exige.

En efecto, ya que el artículo 73.3 de la LRBRL no contempla la consecuencia que comporta su vulneración, la respuesta judicial a tal omisión determina que se tenga que acudir a la regla de analogía que impone el artículo 4.1 del Código civil, para el caso de que sí que existan normas que regulen supuestos semejantes en los que se aprecie identidad de razón, que en este caso tienen que ser las que regulan las relaciones jurídicas sinalagmáticas que están presididas por la regla de "prestación-contraprestación", lo que es el caso de la que existía entre la entidad local y la concejala que fue designada jefa del Área de Gobierno de Deportes a tiempo completo, a cambio de percibir por tales servicios 59.582,74 euros.

Esa norma análoga es el artículo 42.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 -interpretado con arreglo a sus artículos 4 y 11.1-, que dispone que cuando se anula la adjudicación de un contrato, procede que las partes se restituyan "recíprocamente" las cosas que hubiesen recibido en virtud de tal contrato y, si no fuese posible, devolver su valor, lo que significa que se esté en presencia de una actuación mutua (no exclusiva) que comporta que nadie salga perjudicado, ni tampoco beneficiado ("do ut fagas"), y de ahí que cuando el contrato anulado ya ha sido ejecutado, no proceda ordenar el reintegro del importe que ya ha percibido la contratista por el trabajo que ya ha sido entregado a la administración contratante para su propio beneficio, pero sí la obligación que ésta tiene de indemnizar a quien debió haber sido la adjudicataria del contrato, como sostiene la constante jurisprudencia de la que son sólo un ejemplo las SsTS de 02.07.04, rec. 3885/2000, 19.07.05, rec. 6852/2001, 27.05.09, rec. 4580/2006 y 15.11.11, rec. 2800/2009.

La misma solución se produce ante las contrataciones ilegales de extranjeros sin permiso en el artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, o en el ámbito de la función pública, según constante jurisprudencia que, por conocida, omito. Por el contrario, cuando lo que se anula son resoluciones que otorgan prestaciones que se perciben sin contraprestación, la anulación sí que comporta la devolución incondicionada de lo indebidamente recibido (artículo 55.1 del texto refundido de la Ley general de la

Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

De acuerdo con todo ello, si la concejala disponía de un título jurídico en su momento legítimo, y si la entidad local se vio favorecida por los trabajos y decisiones de aquélla adoptó (que nadie ha tachado de ilegales por falta de competencia), tenía que retribuirlos, pues de otra manera se produciría un enriquecimiento indebido para las arcas municipales, por más que en la vía jurisdiccional se hubiera anulado después aquel título habilitante.

Entenderlo de otro modo supondría hacer recaer, exclusivamente sobre quien trabajó a tiempo completo en la función asignada, el efecto negativo que se derivaba de la actuación anómala que adoptó la autoridad superior, con la consecuencia de que la entidad local favorecida por ello recuperara (gratis) el importe "debido" que abonó, lo que supone una clara contravención del principio de que "nadie puede beneficiarse de su propio ilícito o error".

TERCERO. - Por todo lo expuesto, considero que la sentencia de 20.12.22 tenía que haber acogido en parte el recurso de apelación, para confirmar la sentencia en su primer pronunciamiento anulatorio, pero no así el segundo sobre la obligación del reintegro de las cantidades que, en exceso, pudo haber percibido doña M.M.L.

A Coruña, a 20 de diciembre de 2022.

Firmado: don Juan Carlos Fernández López.