



Roj: **STSJ GAL 1637/2020 - ECLI:ES:TSJGAL:2020:1637**

Id Cendoj: **15030330022020100155**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **13/03/2020**

Nº de Recurso: **4310/2018**

Nº de Resolución: **166/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA AZUCENA RECIO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00166/2020

Recurso de Apelación nº 4310-2018

EN NOMBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados

D^a. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JOSÉ ANTONIO PARADA LÓPEZ

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

En la ciudad de A Coruña, a 13 de marzo de 2020.

En el recurso de apelación que con el nº 4310/2018 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por la Procuradora D^a Eva maría Tomé Sierra, en nombre y representación de D. Fermín , asistido del Letrado D. Gonzalo Henrique Castro Prado; contra la sentencia de 14 de junio de 2018, dictada en autos de PO nº 69/2017, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de A Coruña. Igualmente es parte apelante D. Sergio , representado por la Procuradora D^a Sandra Mosteiro Acosta y asistido de la Letrada D^a Eudoxia Neira Fernández. Es parte apelada D^a Violeta , D. Guillermo , D. Hernan , D^a Belen ; representados por el Procurador D. José Antonio Castro Bugallo y defendidos por el Letrado D. Filippo Pala Torres.

Es Ponente la Magistrada D^a MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el titular del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de A Coruña se dictó con fecha 14 de junio de 2018 sentencia en procedimiento ordinario nº 69/2017, con la siguiente parte dispositiva: "**Estimo** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el representante procesal de D. Hernan , D^a Ascension , D. Marcos , D. Maximo y D^a Violeta , contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ordes de 1 de marzo de 2017, que nombró a los representantes de esa corporación en una entidad local y en siete órganos, que anulo. *Condeno a las tres codemandadas al pago de las costas causadas a la actora, hasta un límite de 250 euros para cada una de aquellas*".



SEGUNDO.- Por la representación de D. Sergio se interpuso recurso de apelación contra dicha resolución judicial, en el que se solicitó que se inadmita el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de la Corporación Municipal de Ordes en sesión de 1 de marzo de 2017, al no haberse agotado previamente la vía administrativa con el preceptivo recurso de reposición; y subsidiariamente se desestime el recurso.

Igualmente se interpuso recurso de apelación por la representación de D. Fermín, que interesa en el mismo sentido.

TERCERO.- El recurso fue admitido a trámite y se dio traslado a las demás partes, formulando oposición la representación de D. Hernan, D^a Ascension, D. Marcos, D. Maximo y D^a Violeta, que interesa se desestime el recurso y se confirme íntegramente la resolución judicial recurrida, por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personaron la Procuradora D^a Eva María Tomé Sierra, en nombre y representación de D. Fermín; D. Sergio, representado por la Procuradora D^a Sandra Mosteiro Acosta y asistido de la Letrada D^a Eudoxia Neira Fernández; y D^a Violeta, D. Guillermo, D. Hernan, D^a Belen; representados por el Procurador D. José Antonio Castro Bugallo; por providencia se declararon concluidas las actuaciones; y mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 12 de marzo de 2020.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en todo aquello en lo que no discrepen de los de la presente.

SEGUNDO.- *Fundamentación jurídica del recurso de apelación. Sobre la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.*

Se plantea, en primer lugar, la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo y vulneración del artículo 211.1 y 2 del ROF, por ser preceptivo el recurso de reposición contra los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa en las entidades locales, y en este caso no fue interpuesto.

El Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales dispone en su artículo 211 que "1. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y como requisito previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo contra actos o acuerdos de las autoridades y entidades locales que pongan fin a la vía administrativa, deberá formularse recurso de reposición, que se presentará ante el órgano que hubiere dictado el acto o acuerdo, en el plazo de un mes a contar desde la notificación del acto o acuerdo.

2. No obstante, el recurso de reposición será potestativo en materia de presupuestos, imposición y ordenación de tributos, y en los demás casos en que tenga tal carácter según lo dispuesto en la mencionada Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

...".

En la sentencia apelada se parte de que el artículo 211.1 del Reglamento de organización, RD 2568/1986, al exigir el recurso de reposición contradice al artículo 116.1 de la Ley 30/1992, de forma que aquel artículo, por aplicación de la disposición derogatoria.3 de la ley, ha quedado derogado.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone en su artículo 116 que "1. Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2. No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto".

Y en la Disposición derogatoria:

"1. Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

...".



En el mismo sentido, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su artículo 2, sobre su ámbito subjetivo de aplicación: "1. La presente Ley se aplica al sector público, que comprende:

...

c) Las Entidades que integran la Administración Local.

...".

En el artículo 123: "1. Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2. No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto".

Y en la Disposición adicional primera, sobre especialidades por razón de materia: "1. Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales.

2. Las siguientes actuaciones y procedimientos se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en esta Ley:

a) Las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa.

b) Las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo.

c) Las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería.

d) Las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo".

Consecuencia de la aplicación de la normativa expuesta es que ha de entenderse potestativa la interposición del recurso de reposición y por ello no procede la inadmisión del recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Fondo del recurso.

Su objeto viene constituido por el nombramiento de representantes de la corporación en diversos órganos colegiados, en concreto los representantes de las Mancomunidad de Municipios de la Comarca de Ordes, en los consejos escolares, Asamblea General de la Asociación de Desarrollo Comarcal de Ordes, Comité Local Cruz Vermella y en el Consello Territorial de la Propiedad Inmobiliaria, habiéndose tratado también con relación a la Escuela Municipal de Música y la Emisora Municipal; en el Pleno de 29 de julio de 2015. De forma que de lo que se trata es de determinar si es competencia del Pleno o del Alcalde la designación de los representantes de la corporación municipal en los órganos colegiados. Partiendo de que, conforme se indica en la STSJ, Contencioso sección 1 del 16 de mayo de 2018 (ROJ: STSJ GAL 2743/2018- ECLI:ES:TSJGAL:2018:2743) Sentencia: 239/2018-Recurso: 88/2018, sobre protección de derechos fundamentales, el artículo 8.2 de los Estatutos de la Mancomunidad de la Comarca de Ordes, publicados en el Diario Oficial de Galicia de 12 de noviembre de 2008, establece que cada ayuntamiento miembro estará representado en la Junta de la Mancomunidad por el alcalde o representante elegido por el Pleno de cada ayuntamiento.

Conforme se considera en la sentencia apelada y partiendo del informe de los técnicos provinciales de 24 de febrero de 2017, no es competencia del Pleno, por aplicación del artículo 21.1.s) de la LRBRL, no hay ley que prevea que esta competencia sea del Pleno, por lo que entraría dentro de las competencias residuales, que son del Alcalde. Y ello porque a pesar de la previsión del artículo 8.2 de los estatutos de la Mancomunidad de la Comarca de Ordes de 2008, que dispuso que cada ente municipal miembro estaría representado en la junta de la mancomunidad por el alcalde o representante elegido por el pleno de cada ayuntamiento, ello supone una vulneración del artículo 21.1.s).

Lo que dispone la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su artículo 21, es que "1. El Alcalde es el Presidente de la Corporación y ostenta las siguientes atribuciones:

...

s) Las demás que expresamente le atribuyan las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las comunidades autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales.

...".

En la sentencia recurrida se considera que es así a pesar de lo que dispone el artículo 22.2, conforme al cual *"Corresponden, en todo caso, al Pleno municipal en los Ayuntamientos, y a la Asamblea vecinal en el régimen de Concejo Abierto, las siguientes atribuciones:*

...

b) Los acuerdos relativos a la participación en organizaciones supramunicipales; alteración del término municipal; creación o supresión de municipios y de las entidades a que se refiere el artículo 45; creación de órganos desconcentrados; alteración de la capitalidad del municipio y el cambio de nombre de este o de aquellas entidades y la adopción o modificación de su bandera, enseña o escudo". Y que acuerdos relativos a la participación no es lo mismo que nombrar a sus representantes en ellas.

Ha de partirse de que respecto de las entidades no supramunicipales, como la Cruz Roja, quedan fuera del artículo 22.2.b). Y la aplicación de este artículo, para las entidades supramunicipales, lo que atribuye el pleno son los acuerdos relativos a la participación en organizaciones supramunicipales, es decir, la decisión de participar o no, pero no atribuye al pleno la competencia para nombrar a los representantes municipales una vez que el pleno ha previamente decidido participar en dichas organizaciones. A ello ha de añadirse que la forma como se haya realizado en otras ocasiones no vincula para realizarlo conforme a la ley. Es decir que salvo una previsión legal expresa a favor del pleno, la competencia para designar a los representantes municipales es del concello.

Lo que sostiene la parte apelante es la vulneración de lo dispuesto en los artículos 38 y 50 del ROF y por consecuencia la competencia del Pleno de la Corporación Municipal de Ordes para designar sus representantes en órganos supramunicipales y/o colegiados -artículo 38.c)-.

Conforme al artículo 50 ROF, son competencia del Pleno los acuerdos relativos a la participación en organizaciones supramunicipales. Y así lo dicen los estatutos de la Mancomunidad de Municipios de Ordes y el artículo 38 del ROF; y la propuesta fue informada favorablemente por el Secretario municipal. Indica que la Diputación provincial también lo hace así -lo cierto es que se trata de una Administración distinta-. Y considera la parte apelante que se trata de representar al concello, remitiéndose a la STS de 4 de noviembre de 2008 y otras de 1988, 1989 y 1990, porque el pleno es el depositario de la voluntad general mientras que el alcalde es su representante.

Sobre la vulneración de los artículos 38 y 50 del ROF, con relación a la competencia del pleno de la corporación municipal para designar a sus representantes en órganos supramunicipales o colegiados y a fin de determinar si es competencia del Alcalde o del Pleno; resulta que el artículo 22.2.b) LBRL, se refiere a la competencia del Pleno. El artículo 38 es una norma que se remite a la norma sustantiva, puesto que solo dice que puede el pleno ser el competente para nombrar representantes en órganos colegiados pero solo en el caso de que ese nombramiento sea competencia del pleno. Y a favor de la competencia del alcalde se encuentra la competencia residual del artículo 21.1.s) LBRL y el artículo 21.1.b).

Ha de concretarse, en todo caso, que se trata solo de determinar dicha competencia limitada a organizaciones supramunicipales, puesto que para las que no lo sean, la competencia es del alcalde, en concreto para el nombramiento de representantes en entidades de ámbito municipal o inferior. Además hay organizaciones que no son solo municipales, pero tampoco supramunicipales -por ejemplo, portuarias, o mercantiles-. Y de que una cosa es participar y otra estar representado.

El objeto del recurso queda así circunscrito a aquellas mediante las que se ejerciten competencias locales pero de carácter supramunicipal. Y de que de la lectura de los referidos preceptos, ha de deducirse que la competencia del pleno es solo para la decisión de participar o no participar en organizaciones supramunicipales, pero no cualquier actuación que una vez tomada la decisión de participar en una organización, haya de tomarse. Como regla general, la representación le corresponde al alcalde. El precedente administrativo no puede sostenerse en contra de lo competencia del alcalde conforme a la ley. La regulación legal de la Diputación Provincial no es aquí de aplicación. Y acudiendo a la competencia residual, es el alcalde el que representa ante la mancomunidad. Así, la parte apelada pone de manifiesto que para la Cruz Vermella se prevé la designación de un representante y para la emisora municipal, que el presidente de la misma lo será el alcalde.

El Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, dispone en su artículo 38 que "Dentro de los treinta días siguientes al de la sesión constitutiva, el Alcalde convocará la sesión o sesiones extraordinarias del Pleno de la Corporación que sean precisas, a fin de resolver sobre los siguientes puntos:

- a) Periodicidad de sesiones del Pleno.
- b) Creación y composición de las Comisiones informativas permanentes.
- c) Nombramientos de representantes de la Corporación en órganos colegiados, que sean de la competencia del Pleno.
- d) Conocimiento de las resoluciones del Alcalde en materia de nombramientos de Tenientes de Alcalde, miembros de la Comisión de Gobierno, si debe existir, y Presidentes de las Comisiones informativas, así como de las delegaciones que la Alcaldía estime oportuno conferir".

Y en el artículo 50: *"Corresponden al Pleno, una vez constituido conforme a lo dispuesto en la legislación electoral, las siguientes atribuciones:*

1. *Elegir y destituir al Alcalde de su cargo conforme a las reglas establecidas en la legislación electoral.*
2. *Controlar y fiscalizar los órganos de gobierno municipales.*
3. *Aprobar el Reglamento Orgánico, las Ordenanzas y demás disposiciones de carácter general que sean de la competencia municipal.*
4. *Los acuerdos relativos a la participación en organizaciones supramunicipales; alteración del término municipal, creación o supresión de municipios y de las entidades a que se refiere el artículo 45 de la Ley 7/1985, de 2 de abril ; creación de órganos desconcentrados; alteración de la capitalidad del municipio y el cambio de nombre de este o de aquellas entidades, y la adopción o modificación de su bandera, enseña o escudo.*

..."

25. *Aquellas otras que deban corresponder al Pleno por exigir su aprobación una mayoría especial, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 7/1985, de 2 de abril , y las demás que expresamente le confieran las Leyes".*

Consecuencia de lo expuesto es que procede la desestimación del recurso de apelación.

TERCERO.- Costas procesales.

Sin imposición de las costas del recurso de apelación, atendidas las dudas suscitadas.

FALLO

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

1)Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a Eva maría Tomé Sierra, en nombre y representación de D. Fermín ; y por D. Sergio , representado por la Procuradora D^a Sandra Mosteiro Acosta; contra la sentencia de 14 de junio de 2018, dictada en autos de PO nº 69/2017, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de A Coruña.

2)No hacer imposición del pago de las costas procesales.

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.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación, una vez firme esta sentencia.

Así se acuerda y firma.