



LOPD

**T. S. J. ASTURIAS CON/AD (SEC. UNICA)
OVIEDO**

SENTENCIA: 90107/2014

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

APELACION Nº 91/14

APELANTE: AYUNTAMIENTO DE GIJON

PROCURADOR: LOPD

APELADO: DON LOPD

LOPD

, DOÑA LOPD

, DON LOPD

LOPD

, DOÑA

LOPD

, DON LOPD

LOPD

LOPD

, MINISTERIO FISCAL.

PROCURADOR: DON LOPD

SENTENCIA DE APELACIÓN nº 107/14

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Antonio Robledo Peña

Dña. Olga González-Lamuño Romay

En Oviedo, a dieciséis de junio de dos mil catorce.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al





margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación número 91/14, interpuesto por AYUNTAMIENTO DE GIJON y representado por Doña LOPD contra Don LOPD, Doña LOPD, Don LOPD, Doña LOPD y representado por Don LOPD, y el Ministerio Fiscal como apelado. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Querol Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación dimana de los autos de Derechos Fundamentales nº 223/13 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº1 de los de Gijón.

SEGUNDO.- El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 29-1-2014. Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos. Se señaló como cuantía .

TERCERO.- Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día 12 de junio pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO





PRIMERO.- Se somete a la consideración de la Sala en el presente recurso de apelación, la sentencia dictada el día 29 de enero de 2014 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº1 de Gijón, en los autos del procedimiento especial para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, seguido ante el mismo con el Nº 223 de 2013, que estimando el recurso interpuesto contra el acuerdo de la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Gijón, adoptado "in voce" al inicio de la sesión extraordinaria del Pleno de 17 de julio de 2013, por el que se excluye del orden del día el asunto propuesto consistente en propuesta de aprobación inicial de la Ordenanza específica que regula las bases de concesión de subvenciones del Ayuntamiento de Gijón para la rehabilitación de fachadas de edificios y locales, tratamientos de la fachada marítima del muro de San Lorenzo, supresión de las barreras arquitectónicas e intervenciones generales en grupos de viviendas de manzanas residenciales, y se levantó la sesión plenaria, declarando que dicho acuerdo vulnera el derecho de participación política reconocido en el artículo 23 de la Constitución Española, anulando el mismo debiendo procederse por el Ayuntamiento de Gijón a la reanudación de la referida sesión extraordinaria, sin excluir del orden del día el único punto del mismo, continuando el desarrollo de la sesión con las fases de debate y votación.

Frente a la indicada sentencia se formula recurso de apelación por el Ayuntamiento de Gijón en el que después de relatar los antecedentes que precedieron al acto recurrido examina la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto, alegando: que la sentencia se ha pronunciado desestimando la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo; que con apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre a 2000 se afirma que el Alcalde está obligado a convocar la sesión extraordinaria, cuando en la misma se llega a una conclusión distinta a la mantenida por el Juzgador; que el Juzgador, no obstante reconocer que el derecho de los concejales a solicitar un Pleno extraordinario no es absoluto y que el Alcalde tiene la posibilidad de excluir un asunto si no es competencia del Pleno, le niega dicha potestad, atribuyendo un carácter automático a la solicitud de la convocatoria y estimar que se trata de una cuestión que tiene atribuida el Pleno.

A dicho recurso de apelación se opuso el Ministerio Fiscal, así como los concejales y Portavoz del Grupo Municipal del P.S.O.E demandantes en este proceso





especial para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona que además invocan la causa de inadmisibilidad del recurso de apelación por ausencia de interés legítimo de la parte apelante.

SEGUNDO.- Como primera cuestión debemos examinar la causa de inadmisibilidad del recurso de apelación formulada por la representación de los concejales recurrentes en primera instancia y ahora apelados, invocando ausencia de interés legítimo de la parte apelante, por estimar que la sentencia apelada ha sido voluntariamente cumplida, toda vez que el día 12 de febrero de 2014 se celebró en Pleno Extraordinario que había sido retirado por la Alcaldesa el 17 de julio de 2013 que constituye el objeto del recurso, interponiéndose el recurso, sin solicitar su anulación, trayendo a colación en apoyo dicha pretensión, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 30 de agosto de 2013, en el recurso de casación 2279/2010.

A ello tenemos que decir que la legitimación del Ayuntamiento para recurrir le viene dada por el hecho de ser la parte demandada en un proceso en el que se estimó la demanda frente a él interpuesta.

La supuesta falta de interés la fundan los apelados en el hecho de haberse ejecutado voluntariamente el acto impugnado, o lo que tenemos que decir, que su cumplimiento no obedece a acto voluntaria alguno de la Corporación demandada, sino al pronunciamiento de la propia sentencia, con la admisión del recurso de apelación en solo efecto, como previene el artículo 121.3 de la Ley Reguladora, y al plazo perentorio en que debió de convocarse el Pleno Extraordinario en cumplimiento de dicha sentencia. Por otra parte, el interés legítimo para recurrir le viene dado a dicha corporación, por el resultado de la sentencia que pueda pronunciarse en esta alzada, pues de prosperar quedaría sin contenido el Pleno celebrado el pasado 12 de febrero de 2014.

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo que se cita en apoyo de la referida inadmisibilidad, ninguna relación guarda con el supuesto que examinamos, toda vez que en dicho supuesto lo que aconteció fue la pérdida del objeto del recurso en virtud de una disposición legal que anulaba el Consejo Económico y Fiscal de Madrid, cuando el recurso versaba sobre el nombramiento de sus miembros, toda vez que, suprimido el Consejo, ningún pronunciamiento cabría hacer sobre el





nombramiento de sus miembros, en cambio, en el supuesto que examinamos, de prosperar el recurso interpuesto quedaría sin efecto el Pleno celebrado como consecuencia de la sentencia apelada.

TERCERO.- Debemos examinar ahora si concurre la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo invocada por la demanda ahora recurrente en apelación y desestimada en la sentencia apelada. Se funda dicha inadmisibilidad, que ya fue desestimada al plantearse como causa de inadmisión el recurso y en la sentencia apelada, en el hecho de recaer sobre un acto ya firme por consentido, al no recurrirse en tiempo y forma, y considerar que es mera reproducción de otra anterior no recurrida, como así resulta de lo dispuesto en el artículo 69 c), en relación con el artículo 28, ambos de la ley Reguladora de esta Jurisdicción.

Resultando indiscutible la inadmisibilidad de aquellos recursos interpuestos respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma, sin embargo, no cabe tachar de erróneo el razonamiento que en la sentencia se hace sobre esto punto; cuando la propia recurrente reconoce que existen dos actos distintos que estima son reproducción uno del otro, la convocatoria de un Pleno Extraordinario para tratar un mismo motivo. Uno la propuesta de convocatoria solicitada por determinados concejales, desestimada por resolución de 21 de junio de 2013, y el otro, la convocatoria realizada por la Secretaria municipal, en aplicación del artículo 46.2 de la ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local, señalada para día 17 de julio de 2013, anulada "in voce" por la Sra. Alcaldesa al inicio de la sesión por estimar que dicha convocatoria extraordinaria ya había sido denegada por la resolución del 21 de junio 2013, resolución que no consta fuera suspendida, ni recurrida.

Dicho lo anterior, podrá discutirse si esta segunda convocatoria es o no conforme a derecho, pero en ningún caso que es reproducción de un acto anterior firme y definitivo, a efectos de pronunciarnos sobre la inadmisibilidad del recurso, toda vez que recae sobre una convocatoria que no solicitan los mismos concejales que la anterior, sino que fue convocada directamente por la Sra. Secretaria.





CUARTO.- Como primera cuestión de fondo se critica a la sentencia apelada que con cita en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2000, en la que no se examina la misma cuestión y llega a conclusiones distintas a las del Juzgador, se mantenga que cuando la solicitud de convocatoria de Pleno Extraordinario cumpla con los requisitos del artículo 46.2 c) de la Ley 7/85, el Alcalde viene obligado a convocar la sesión extraordinaria, lo que dice quiebra con las facultades que los artículos 82 y 78.2 del 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 y artículos 56.7 y 77.2 del Reglamento Orgánico de Funcionamiento del Pleno del Ayuntamiento de Gijón que otorgan al Alcalde la potestad de determinar los puntos del día, si bien su exclusión debe ser motivada.

El artículo 46.2 a) en la redacción dada por la Ley 11/1999 establece por una parte, que, cuando se solicite la convocatoria de Pleno Extraordinario, la obligación de convocarlo, sin que puedan incorporarse a tratar otros asuntos que los interesados, salvo autorización expresa de los solicitantes y que debe celebrarse dentro de los siguientes quince días hábiles. Se trata de una convocatoria obligatoria toda vez que si el Presidente no la convocara dentro del plazo señalado, quedará automáticamente convocada para el décimo día hábil siguiente a la finalización de dicho plazo, lo que será notificado por el Secretario de la Corporación a todos los miembros, lo que se implica una garantía en el ejercicio de sus funciones por parte de los Concejales, resultado contrario al artículo 23.1 de la Constitución Española, levantar la sesión o impedir que se celebre sin tratar los asuntos propuestos, como ya reconoció el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de mayo de 1986 y 28 de marzo de 1989.

El anterior precepto podría entenderse que se contradice con el artículo 82 del 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 que atribuye al Alcalde o Presidente fijar el orden del día de las sesiones. Dicho precepto no distingue entre sesión ordinaria y extraordinaria, debiendo de entenderse que se refiere a aquellas pues no puede contradecir o dejar sin efecto el contenido del citado artículo 46.2 e) de la Ley 11/1999, dado el principio de jerarquía normativa.





Hechas las anteriores consideraciones la cita de la sentencia mencionada, de 9 de diciembre de 2000, resulta inapropiada el caso de autos, toda vez que hace referencia a un acto administrativo anterior a la citada Ley 11/1999.

QUINTO.- Siguiendo análogo argumento, la Corporación recurrente estima que si como se reconoce el Alcalde tiene la posibilidad de excluir un asunto si no es competencia del Pleno, la convocatoria no es automática aunque se cumplan los requisitos del citado artículo 46.2.a) pues persiste la potestad del Alcalde de excluir los asuntos que no son competencia del Pleno, criterio que apoya en una sentencia del Tribunal Superior de Castilla y León de 11 de abril de 2000 que a su vez cita otra del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1986.

Al igual que en el supuesto examinado en el Fundamento de Derecho anterior, nos encontramos ante la aplicación de una normativa dejada sin efecto por la ley 11/1999 y que de prosperar la tesis que mantiene la corporación demandada, siempre que el Alcalde o la Presidenta de la Corporación estimara que la cuestión sometida al Pleno no es competencia del mismo, nunca podría tratarse la misma ni en sesión ordinaria ni extraordinaria, lo que excede de la mera legalidad ordinaria para incidir su limitación en la esfera del derecho a participar en la función pública, recogido como derecho fundamental en el artículo 23 de la Constitución Española y que tienen reconocido los concejales que integran la Corporación Municipal, sin que sea de aplicar las sentencias que se citan del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2001 y esta Sala de 30 de Abril de 2003, toda vez que en las mismas se trata de examinar el contenido del orden del día propuesto para celebrar el Pleno Extraordinario, en tanto que en el supuesto de autos se trata de la celebración de un Pleno Extraordinario ante la falta de convocatoria por parte del Alcalde.

Por su parte la sentencia de la Sala Nº 945 de 21 de Julio de 2010, ninguna relación guarda con el supuesto que examinamos al venir referida a la aprobación provisional de unos Presupuestos y a la vulneración de derecho a participar en los asuntos políticos por no admitir una enmienda a la totalidad.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

SEXTO.- Siguiendo análoga exposición se viene a decir que tras reconocerse en la sentencia que el Alcalde tiene la facultad de excluir del orden de día un asunto si el mismo no es competencia del Pleno, sin embargo, en base a los términos del artículo 46.2.b), debe entenderse párrafo 2 del artículo 46.2 a), excluye dicha facultad, siendo el Pleno quien decide, sin que puedan ser excluidos por el Alcalde los asuntos a tratar, reiterando la Corporación Municipal la competencia del Alcalde para determinar los asuntos a tratar si son o no competencia del Pleno y que excluido, por dicho motivo, el único asunto propuesto en el Orden del Día del Pleno Extraordinario nada había que tratar, siendo su consecuencia la denegación de la convocatoria y el levantamiento de la sesión, como se hizo en el caso de autos.

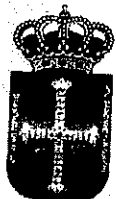
La anterior argumentación no es sino reiteración de las anteriores, fundada en análogos consideraciones apoyadas en las sentencias del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia que refiere, sentencias que debemos de soslayar en cuanto resulten anteriores a la Ley 11/1989, y aquellas que no son creadoras de jurisprudencia, restando, tanto solo, dos del Tribunal Supremo de fechas 14 de septiembre de 2001 y 20 de diciembre de 2002 que entendemos referidas, respectivamente, en los recursos de casación 3201 y 4710 de 1997, relativas a hechos anteriores a la entrada en vigor de la referida Ley.

SEPTIMO.- La desestimación del recurso interpuesto conduce a la imposición de las costas procesales causadas en esta alzada como dispone el artículo 139 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, y no apreciarse motivos o circunstancias para hacer otro pronunciamiento.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Con desestimación de la causa de inadmisibilidad del recurso de apelación formulada por la representación de los recurrentes, desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



Gijón, representado por la Procuradora Doña ^{LOPD} frente a la
sentencia dictada el día 29 de enero de 2014 por el Juzgado Contencioso
Administrativo N° Uno de Gijón en los autos del procedimientos para la protección de
derechos fundamentales de la persona, seguido ante el mismo con el N° 223 de 2013,
siendo parte apelada el Procurador D. ^{LOPD}, quién actuó en nombre
y representación de D. ^{LOPD}, Doña ^{LOPD}

^{LOPD}, D. ^{LOPD} D. ^{LOPD} y de D.
^{LOPD}, quienes actúan en su condición de concejales y el
primero además de portavoz del Grupo Municipal del PSOE, sentencia que
confirmamos por estimarla ajustada a derecho, con imposición de las costas causadas a
la recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo la indicación de que
contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno, de la que se llevará
testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

