

ASUNTO: RETRIBUCIONES

**Sobre incremento de retribuciones de la Alcaldía en su
régimen de dedicación y efectos retroactivos del mismo**

423/16

E

INFORME

I. HECHOS. ANTECEDENTES.-

Escrito de la Sra. Alcaldesa Presidenta del Ayuntamiento de XXXX sobre el asunto epigrafiado, al que acompaña informe emitido sobre el particular por la Secretaria-Interventora Municipal

II. LEGISLACIÓN APLICABLE.-

- Ley 39/2015, de de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -LPACAP-
- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local -LRBRL-

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.-

PRELIMINAR.- A efectos de evitar reiteración innecesaria, se da por reproducido y pasando a formar parte del presente en su integridad el Informe 3/2016 de la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento que se acompaña a la solicitud del presente.

PRIMERO.- Abundando en el informe de referencia, señalemos que, la cuestión de la nulidad y anulación del acto administrativo remite, antes que

una discusión de validez de los actos en sí, a una cuestión de eficacia presidida por el principio de conservación de los actos de la Administración pública. La nulidad es, por tanto, una ineficacia originaria, radical insubsanable del acto administrativo por su gravísimo desajuste con el ordenamiento jurídico. Mientras que la anulabilidad supone un grado menor de ineficacia, que, si bien obedece a un vicio existente en el acto administrativo, puede ser subsanada en atención a su menor gravedad.

Este esquema tan sencillo se complica por la distinción de tres grados de irregularidades del acto administrativo, encajables en las categorías de nulidad, anulabilidad, e irregularidades no invalidantes. La nulidad viene reflejada actualmente en el 47 Ley 39/2015, de de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -LPACAP- y la tasación de supuestos viene a sugerir la existencia de una especial gravedad en el vicio en el que ha incurrido el acto administrativo. Por tanto, no cualquier infracción del ordenamiento jurídico determina la nulidad de pleno derecho, sino sólo en aquellos casos que se ofrecen listados en el referido artículo.

Por el contrario, la anulabilidad como infracción del ordenamiento jurídico, contando incluso con la desviación de poder, es un vicio menos grave y es el resultado normal que sigue la declaración de ineficacia de los actos administrativos. Opera como categoría general, frente a la más restrictiva de la nulidad. Esta regulación se contiene en el art. 48 -LPACAP- que contempla también las irregularidades de forma, o de tiempo; en el primer caso la irregularidad formal debe hacer imposible la finalidad del acto, u originar verdadera indefensión a los interesados.

SEGUNDO.- Por su parte, el art.75 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local -LRBRL- reconoce sin más el derecho de los miembros de las Corporaciones locales a percibir retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el Régimen general de la Seguridad Social, asumiendo las Corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, siendo competencia del pleno

municipal la adopción de este acuerdo. Nada más dice la ley respecto al procedimiento de fijación de las retribuciones de los concejales.

Si bien en el presente caso, al ser competencia del Pleno la fijación y/o modificación del régimen de retribuciones de los miembros de la corporación, el dictado por la Alcaldía de un Decreto modificando su cuantía, adolece de un vicio de nulidad absoluta o de pleno derecho, como bien deja constancia la secretaría-Interventora municipal en el informe a que hacemos referencia en el PRELIMINAR del presente.

Por tanto, entendemos que para llevar a efecto la modificación de la cuantía de las retribuciones por dedicación exclusiva, debería en primer lugar procederse a dejar sin efecto, revocando (art. 109 LPACAP) , el Decreto de la Alcaldía que hemos tildado de nulo, y proceder en su caso a la tramitación de la propuesta de modificación (por elevación) de la retribución por dedicación exclusiva de la Alcaldía, a su sometimiento a decisión plenaria, previa la fiscalización del gasto por la Intervención municipal, sometimiento a Dictamen de la Comisión Informativa correspondiente – si existiere- y su inclusión en el Orden del Día del Pleno municipal.

Respecto a la publicidad de este régimen de retribuciones , el art.75.5 LRBR prescribire que:

"Deberán publicarse íntegramente en el "Boletín Oficial" de la Provincia y fijarse en el tablón de anuncios de la Corporación los acuerdos plenarios referentes a retribuciones de los cargos con dedicación exclusiva y parcial y régimen de dedicación de estos últimos, indemnizaciones y asistencias, así como los acuerdos del Presidente de la Corporación determinando los miembros de la misma que realizarán sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial".

TERCERO.- Por su parte, el artículo 39 -LPACAP- . prescribe que los actos administrativos, como el que nos ocupa, se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa; así como, que:

"La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior".

La ausencia de dicha publicación no puede constituir en ningún caso una causa de nulidad del acuerdo de fijación de las retribuciones del Alcalde ya que no constituye un requisito determinante del procedimiento de fijación, y su ausencia no imposibilita la finalidad del acto (retribuir un trabajo efectivo), ni origina verdadera indefensión a los interesados en conocer dicho régimen (ya que forman parte del presupuesto municipal que se somete a información pública); dicha publicación a lo sumo opera como una condición de eficacia.

Esta falta de publicación del acto válido de fijación de las retribuciones del Alcalde, aunque ineficaz, no supone que hayan desaparecido los presupuestos de hecho necesarios para que el cargo electo haya devengado las retribuciones desde el mismo momento en que el pleno las fijó, sin perjuicio de la merma del derecho de los terceros a estar informados, ya que, aplicando la doctrina del enriquecimiento injusto, si los servicios han sido efectivamente prestados en régimen de dedicación exclusiva, y siendo que las retribuciones por dedicación exclusiva (o parcial) no son más que una contraprestación económica al desempeño del cargo con dicha dedicación, el vicio no puede llevar aparejado una merma del derecho a la correspondiente retribución, por lo que ha de ser subsanado.

Esta afirmación encuentra apoyo en la admisibilidad de la eficacia retroactiva de los actos, como pone de manifiesto la Sentencia del TSJ de Murcia de 7.05.1998, donde se afirma que, si bien es cierto que los efectos de la normativa aplicable están proyectados hacia el futuro y que también los efectos de los actos administrativos se producirán *"desde la fecha en que se dicten"*, como se expresa en el art.39.1 LPACAP ello constituye la regla general, que tiene prevista su excepción en el mismo artículo en su apartado 3º permitiendo que se otorgue eficacia retroactiva a los actos:

"Cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se

retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas".

En este mismo sentido, admitiendo la validez del efecto retroactivo de este tipo de acuerdos plenarios, el TS en Sentencia de 1.12.1995, dice:

"...estos efectos retroactivos son favorables a los interesados y se encuentran justificados siempre que la percepción de las cantidades correspondientes se limite a la permitida por la legislación vigente y responda a criterios de razonabilidad en función del trabajo efectivamente realizado..."

Igualmente, entendemos que resulta de aplicación, por analogía de los hechos, los razonamientos recogidos en la Sentencia del TSJ de Murcia de 7.05.1998, ya mencionada, donde se realizan los siguientes fundamentos:

- *"...es cierto que (...) los efectos de la normativa aplicable están proyectados hacia el futuro y que también los efectos de los actos administrativos se producirán «desde la fecha en que se dicten», como se expresa en el art. 57.1 de la Ley 30/92. Pero ello constituye, obviamente, la regla general, que tiene prevista su excepción en el mismo art. 57.3, permitiendo que se otorgue eficacia retroactiva a los actos «cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas»". Siendo ello así, toda la cuestión se reduce a determinar si en la fecha de 21 de julio de 1995 empezaron los dos Concejales de que se trata a prestar de hecho sus servicios a la Corporación municipal en régimen de dedicación exclusiva, pues si ello fue así no cabe duda que la retroactividad acordada es conforme a Derecho aunque no tuviera otro título habilitante que el principio de enriquecimiento injusto de la Corporación si no se retribuyen los servicios prestados en tal régimen de exclusividad. Ninguna de las dos partes litigantes ha aportado prueba alguna sobre esta cuestión de hecho determinante de la legalidad del acuerdo recurrido. Por ello, debe la Sala aplicar el principio de presunción de validez de los actos administrativos, mientras que no se demuestre por el impugnante la existencia de alguno de los vicios que los*

invaliden, vicio que en el supuesto ahora enjuiciado afectarla en su caso, a la causa del acto por atribuir efecto a una situación de hecho irreal o inexistente. Pero por el recurrente no se ha acreditado -lo que en principio, hubiera sido fácil- que los referidos Concejales no habían estado prestando de hecho sus servicios con la intensidad propia del régimen de exclusiva dedicación, desde el 21 de julio de 1995.

- *La decisión sobre la retroactividad del alta en la Seguridad Social envuelve un problema de distinta índole. Resulta, en efecto, que la decisión de dar de alta en la Seguridad Social a los Concejales en cuestión es un efecto jurídico obligado y necesario, deducible del régimen de dedicación exclusiva, según el art. 75 de la Ley 7/85 y art. 13.2 del R.O F. normas de las que dimana un verdadero derecho subjetivo para el Concejal en tal situación. A su vez, tales normas constituyen Derecho Administrativo, por lo que la revisión de su aplicación cae dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora bien, la decisión de dar de alta en la Seguridad Social a un Concejal es, por lo dicho, un acto administrativo separable del régimen a que ha de someterse ese alta, régimen que es, indudablemente, de orden laboral, como se desprende de la Orden de 12 de marzo de 1986, (sobre alta y cotización de los miembros de las Corporaciones Locales con dedicación exclusiva), que es de naturaleza laboral, como su misma fuente indica: el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; así como su art. 2.4 al disponer que las Corporaciones Locales asumirán, respecto de sus miembros, en alta en el Régimen General de la Seguridad Social, las obligaciones que las normas del citado régimen imponen a las empresas con los trabajadores a su servicio. Quiere ello decir que esta jurisdicción contenciosa no puede entrar a revisar los efectos jurídicos derivados del acuerdo de dar de alta a los Concejales con dedicación exclusiva, pues tales efectos están ya incursos en el Régimen Laboral de la Seguridad Social. Por consiguiente, no puede la Sala entrar a considerar esos efectos sancionadores que se citan por el actor como consecuencia de la retroactividad del alta acordada. Y ello sea dicho sin perjuicio de que de la literalidad del acuerdo recurrido y de la redacción dada al punto ahora cuestionado, parece deducirse que la retroactividad está acordada sólo en orden a la percepción de la retribución mensual , no respecto al alta en la Seguridad Social...".*

CUARTO.- Por último en cuanto a la participación del/la titular de la Alcaldía en la deliberación y votación del acuerdo en el que el Pleno resuelva sobre el régimen de sus retribuciones, debemos traer a colación la sentencia 429/1998, de 12 de mayo, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sede de Cáceres [Nº de Recurso: 2211/1995; Ponente: XXXX], en su Fundamento Jurídico Quinto considera:

«QUINTO: Por ello hemos de concluir, al analizar la literalidad de los preceptos comentados y la doctrina del Tribunal Supremo que la prohibición de intervención se refiere a asuntos estrictamente privados, no a los públicos e institucionales en los que de alguna manera se ve afectada la esfera privada. En consecuencia el concejal podía intervenir en la votación en que se acordaba su dedicación exclusiva al no concurrir la causa de abstención prevista en la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que la misma solamente concurre cuando el asunto es exclusivamente privado, pero no cuando es eminentemente público o institucional, como lo es el desarrollo de funciones públicas desarrolladas por un concejal por más que las mismas, en su más completa dimensión pública afecten a la vida diaria del mismo. Incluso como hemos visto cuando este interés personal es muy acentuado, como es el caso contemplado en la STS de 25 de Junio de 1.991, como es el otorgamiento de una licencia para una finca particular propia para construir un vertedero cobrando un arrendamiento, el Alto Tribunal trae a colación otros datos como lo es si la conducta personal venía apoyada por otra en el mismo sentido (extremo que también tiene en cuenta la de 16 de Abril de 1.990 citada y si tal acuerdo es en principio conforme a los intereses públicos o no. Tal interpretación no se deduce como hemos dicho solamente de la doctrina del Tribunal Supremo con relación al concepto de interés personal derivado del artículo 28.2.a) de la Ley 30/92, sino del propio tenor literal de la Ley, ya que difícilmente la interpretación mantenida por los recurrentes puede sostenerse, ya que si este interés personal incluyese a los supuestos a que se pretende referir por los mismos, sería inaplicable el precepto, puesto que aunque el acuerdo se adoptase sin su voto no podría ejecutarse al estarle vetada también la ejecución artículo 76 LBRL de 1.985 y 22 ROFCL de 1.986)».

IV. CONCLUSIÓN

La retroactividad del acuerdo del Pleno de modificación de la retribución por dedicación exclusiva de la Alcaldía, estará condicionada, a que se acrediten los elementos que permiten su aplicación de forma excepcional cuando concurren los presupuestos que la ley exige, es decir, cuando produzcan efectos favorables; y, aun así, siempre que el supuesto de hecho existiera ya al momento a que se retrotraigan los efectos y no se lesionen derechos o intereses legítimos de otras personas.

Este es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo solicitado por el Ayuntamiento de XXXX advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

Badajoz, diciembre de 2016