



SECCIÓN DE DITAMES

DITAME: CCG 160/2021

MATERIA: Revisión de oficio

ORGANISMO: Concello

RELATORA: Nora María Martínez Yáñez

Ditame CCG 160/2021, do 29 de setembro. Revisión de oficio dos actos administrativos de pagamento de retribucións a

no período comprendido entre o 4.4.2017 e o 24.8.2018, instada por e ante o Concello de

A Sección de Ditames do Consello Consultivo de Galicia, en sesión realizada o día 29 de setembro de 2021, baixo a presidencia de José Luis Costa Pillado, actuando como secretaria Vanessa Brea Lago, e coa participación dos conselleiros electivos Ignacio de Loyola Aranguren Pérez, José Antonio Fernández Vázquez, Alberte Souto Souto e Nora María Martínez Yáñez, sendo a letrada Carmen María Salgueiro Moreira, examinou o expediente de referencia, aprobando o seguinte ditame:

ANTECEDENTES

1.- Na sentenza do Xulgado do Penal número 3 da Coruña, do 4.4.2017, condenouse a , concello de como autor dun delito de prevaricación administrativa continuado á pena de 4 anos de inhabilitación para emprego ou cargo público (alcalde, tenente, concelleiro ou de natureza electiva ou participación en goberno municipal e incapacidade para obtelos durante o tempo de condena).

2.- O 10.5.2017 e o 18.5.2017 o voceiro dun grupo municipal do concello de presentou senllos escritos dirixidos á Secretaría do dito concello, poñendo de manifesto a existencia da sentenza citada no antecedente anterior e a necesidade de dar cumprimento ao artigo 6.2.b) da Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral (en diante, LOREG).

Por escrito da secretaria do concello, do 24.5.2017, déuselle traslado formal á Alcaldía e á Intervención de ambos escritos, advertindo da causa de incompatibilidade do artigo 6.2.b) da LOREG, do deber dos membros da Corporación de observar en todo momento as normas sobre incompatibilidade e de poñer en coñecemento da Corporación calquera feito que poida constituír causa desta, previsto no artigo 10 do Regulamento de organización, funcionamento e réxime xurídico das Entidades Locais, aprobado polo Real decreto 2568/1986, do 28 de novembro (en diante, ROF), e de que a actuación do Pleno, no caso de concorrencia daquela causa de incompatibilidade, debía limitarse a unha mera toma de coñecemento da dita circunstancia e á solicitude de expedición de nova credencial ao seguinte da lista pola Xunta Electoral Central.

Logo da recepción do escrito da secretaria, a interventora do concello manifestou, noutro escrito da mesma data do 24.5.2017, a súa conformidade co criterio da secretaria, advertindo da relevancia do asunto e da importancia de dar coñecemento ao Pleno coa maior celeridade posible toda vez que, no caso de incorrer o alcalde en causa de incompatibilidade, os actos ditados no exercicio do seu cargo poderían estar incursos en causa de nulidade.

Consta o xustificante de recepción pola Alcaldía tanto do escrito da Secretaría como do da Intervención citados.

3.- O 30.5.2017 cinco concelleiros solicitaron a convocatoria dun Pleno extraordinario, con inclusión na orde do día dos seguintes puntos:



"1. Que el señor' _____ *comunique a la corporación la existencia de la sentencia nº 114/2017 del juzgado de lo penal número 3 de A Coruña.*

2. Solicitar a la secretaria del ayuntamiento la emisión de un informe en el que explique a la Corporación la situación actual que esta sentencia puede tener sobre e _____

4.- O 5.6.2017, _____ presentou un escrito, dirixido ao Pleno do concello _____ dando conta da existencia da sentenza citada no antecedente 1 (da que achegou unha copia co escrito) e indicando que fronte a ela fora interposto recurso de apelación.

5.- Nesa mesma data do 5.6.2017, a secretaria do concello emitiu dous informes, á vista da petición de informe formulada polos concelleiros que solicitaran a convocatoria dun Pleno extraordinario e do escrito presentado por _____ (antecedentes 3 e 4 deste ditame). Neses informes indicouse, na liña do xa sinalado no escrito da secretaria do 24.5.2017, que _____ incorría na causa de incompatibilidade do artigo 6.2.b) da LOREG e que a actuación do Pleno debía limitarse a unha toma de coñecemento ou constatación da incompatibilidade sobrevida e á solicitude de expedición de nova credencial do seguinte da lista pola Xunta Electoral Central, sen efectuar votación. En apoio do informado, a secretaria remitiuse a dúas sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Aragón (núm. 405/2015, do 2 de xullo, e núm. 429/2015, do 8 de xullo). Advertiuse tamén neses informes de que a toma de coñecemento polo Pleno debía producirse á maior brevidade posible, e, mentres non tivese lugar, "*a Alcaldía debe limitarse a ditar actos de mera administración ordinaria, pois os que non entren nesta definición incorrerían en nulidade de pleno dereito de conformidade co art. 47.1.b) e e) da Lei 39/2015, do 1 de outubro*".

O criterio contido neses informes da secretaria foi compartido pola interventora municipal, no seu informe do 6.5.2017, no que advertiu da "*situación*

complicada” na que se atopaba a organización municipal pola concorrencia da causa de incompatibilidade, toda vez que os actos ditados por:

,no exercicio do cargo de alcalde poderían estar incursos en causa de nulidade. E, sobre a base do criterio sentado no ditame 19/2015, do Consello Consultivo de Aragón¹, no dito informe a interventora formulou *“reparo suspensivo respecto de todos os acordos que adopte, salvo os relativos á mera administración ordinaria, dende a data do presente informe, segundo o disposto nos artigos 215 e 216 do TRLFL”*.

6.- Por decreto da Alcaldía do 5.6.2017 convocóuse o Pleno extraordinario que fora solicitado por cinco concelleiros (antecedente 3 deste ditame) para a súa celebración o día 20.6.2017.

Conforme o contido da acta desa sesión plenaria, nela o alcalde informou sobre a sentenza citada no antecedente 1 (facendo entrega dunha copia á secretaria) e de que esa sentenza non era firme por ter interposto contra ela recurso de apelación. Ademais, achegou dous informes xurídicos, manifestando *“que contradín o criterio da secretaria municipal motivo polo cal mentres non se resolva o recurso presentado na Audiencia Provincial vou seguir traballando”*.

O 23.6.2017 remitiuse o borrador da acta da sesión á Subdelegación do Goberno e á Dirección Xeral de Administración Local.

¹ En concreto, no informe se indica, tras a referencia á situación complicada e á posible concorrencia de causas de nulidade dos actos por mor da situación de incompatibilidade, que:

“(…) Para os efectos de profundar no tema, é clarificador o ditame 19/2015 do Consello Consultivo de Aragón, emitido no marco da revisión de oficio de actos adoptados por un alcalde en situación similar á presente, e no que conclúe a nulidade de todos os decretos e resolucións, salvo aqueles relativos á “xestión ordinaria”, dictados polo alcalde dende o día seguinte á entrada da sentenza no rexistro da corporación.

Tendo en conta o anterior, cómpre que a toma de coñecemento e o cese se faga coa maior celeridade posible, toda vez que esta situación implica unha alteración no normal funcionamento dos servizos municipais, e coas consecuencias xurídicas que implican os actos dictados polo mesmo en canto a posible nulidade ou anulabilidade dos mesmos (...).”



7.- Por decreto da Alcaldía do 28.6.2017 convocouse Pleno extraordinario para ser celebrado o 3.7.2017 coa seguinte orde do día:

“Único.- Previa ratificación da súa inclusión no orde do día, declaración de incompatibilidade sobrevida de D. Manuel Valeriano Alonso de León suxeita a suspensión de ser interposto polo interesado recurso para a protección dos dereitos fundamentais ao abeiro do artigo 53.2 da Constitución Española”.

No dito decreto consta expresamente que o alcalde fora: *“Advertido pola secretaria, (...) que a actuación do pleno debe de axustarse e limitarse ao informado por esta funcionaria en data 5 de xuño de 2017 (...)”.*

Por decreto da Alcaldía da mesma data denegouse a solicitude de convocatoria dun Pleno extraordinario, que fora formulada por cinco concelleiros o 22.6.2017, para a toma de coñecemento polo Pleno da situación de incompatibilidade “*ex lege*” de _____ a solicitude de expedición de nova credencial á Xunta Electoral Central.

Contra estes dous decretos da Alcaldía formulouse recurso contencioso-administrativo polo procedemento especial para a protección dos dereitos fundamentais.

En virtude da medida cautelar acordada xudicialmente, quedou suspendida a celebración do Pleno prevista para o 3.7.2017.

O recurso contencioso-administrativo foi desestimado por sentenza do Xulgado do Contencioso-Administrativo número 3 da Coruña, do 29.11.2017, e o recurso de apelación interposto contra esta sentenza foi desestimado por sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 23.5.2018.

Durante a pendencia deste recurso de apelación, cinco concelleiros solicitaron de novo, o 12.2.2018, a celebración dun Pleno extraordinario para a solicitude de expedición de nova credencial á Xunta Electoral Central ante a situación de incompatibilidade “*ex lege*” de _____ A dita

solicitud foi denegada por decreto da Alcaldía do 13.3.2018, sobre a base da pendencia do recurso de apelación interposto contra a sentenza do Xulgado do Contencioso-Administrativo número 3 da Coruña, do 29.11.2017, e o conseguinte mantemento da suspensión do decreto de convocatoria do Pleno sinalado para o 3.7.2017.

8.- O 18.6.2018 ditouse pola Audiencia Provincial da Coruña a sentenza desestimatoria do recurso de apelación formulado por
contra a sentenza do Xulgado do Penal número 3 da Coruña, do 4.4.2017, citada no antecedente 1 deste ditame.

9.- Na sesión do Pleno celebrada o 24.8.2018:

informou de que ese mesmo día presentara a súa renuncia. Unha vez tomado coñecemento polo Pleno da dita renuncia, pasou a ocupar a presidencia da sesión a 1ª tenente de alcalde.

10.- Do expediente resulta así mesmo que, no informe de fiscalización da nómina de xuño de 2017, incluíuse pola interventora unha advertencia específica sobre a situación de incompatibilidade "*ope legis*" que imposibilitaba a
para exercer o cargo de alcalde pese a que, de feito, seguía exercendo como tal; advertencia que se reiterou nos informes de fiscalización de nóminas dos meses seguintes, ata agosto de 2018, cando aquel renunciou ao cargo. Ademais, nos informes de fiscalización das nóminas dos meses comprendidos entre setembro de 2017 a agosto de 2018 (ambos meses incluídos) recolleuse un reparo específico sobre a percepción de retribucións polo alcalde; reparo que foi levantado por este nos correspondentes decretos de aprobación de nómina.

11.- O 7.3.2019 e no
seu propio nome e dereito como concelleiras do Concello
presentaron, ante o dito concello, unha solicitude de revisión de oficio dos actos administrativos de pagamento de retribucións a



no período comprendido entre o 4.4.2017 (data da sentenza do Xulgado do Penal número 3 da Coruña, citada no antecedente 1 deste ditame) e o 24.8.2018 (data na que presentou a súa renuncia, que é a mesma data na que o Pleno do Concello tomou coñecemento da dita renuncia, conforme o indicado no antecedente 9 deste ditame).

En concreto, as solicitantes estiman que se trata de actos nulos de pleno dereito ao abeiro do artigo 47.1 f) da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante, LPAC), ao ser actos expresos contrarios ao ordenamento xurídico polos que adquiriu dereitos económicos como alcalde logo de ter perdido a dita condición, pois desde que se ditou a sentenza do 4.4.2017 aquel incorreu en causa de incompatibilidade.

12.- Contra a desestimación por silencio da solicitude de revisión de oficio formulouse recurso contencioso-administrativo, que foi estimado pola sentenza do Xulgado do Contencioso-Administrativo número 1 da Coruña do 7.12.2020, na que se condenou ao Concello a tramitar o correspondente procedemento de revisión de oficio.

13.- Por decreto do 15.1.2021 adxudicouse, pola persoa titular da Alcaldía, un contrato menor de servizos á Fundación Universidade da Coruña para a elaboración dun parecer xurídico sobre a execución da sentenza citada no antecedente anterior. O informe foi emitido o 10.2.2021 e incorporado ao expediente por Providencia da Alcaldía.

Obra así mesmo no expediente o informe preceptivo da Secretaría do concello.

14.- Tras a emisión dos informes indicados, deuse trámite de audiencia ás solicitantes e a , os cales presentaron alegacións.

15.- O 25.5.2021 ditouse proposta de resolución favorable á declaración de nulidade dos decretos da Alcaldía de aprobación de nóminas correspondentes ao período comprendido entre os meses de xuño de 2017 e de agosto de 2018 (ambos os meses incluídos), na parte referida a
por concorrer a causa prevista no art. 47.1.f) da LPAC.

16.- O expediente de razón foi remitido, para preceptivo ditame deste Consello Consultivo de Galicia, pola do Concello tendo entrada neste organismo con data 28.5.2021.

17.- Con data 9.6.2021 a Sección de Ditames deste Consello Consultivo de Galicia acordou devolver o expediente, sen a emisión do ditame, co fin de que se completasen as actuacións nos termos indicados no acordo.

18.- O expediente foi novamente remitido, tendo entrada neste organismo o 1.9.2021. Entre a documentación enviada figura unha nova proposta de resolución, do 26.8.2021, favorable á declaración de nulidade parcial dos decretos da Alcaldía de aprobación de nóminas correspondentes ao período comprendido entre os meses de abril de 2017 e agosto de 2018 (ambos os meses incluídos), na parte referida a , por concorrer a causa prevista no art. 47.1.f) da LPAC.

19.- Os demais antecedentes dedúcense do contido do ditame.

CONSIDERACIÓNS

Primeira.

O Consello Consultivo de Galicia é competente para coñecer do expediente de razón a teor do previsto nos artigos 12.f) da Lei 3/2014, do 24 de abril, do Consello Consultivo de Galicia, e 17.a) do Regulamento de organización e funcionamento deste órgano consultivo, aprobado polo Decreto 91/2015, do 18



de xuño, conforme os cales é preceptivo o ditame do Consello Consultivo de Galicia nos supostos de revisión de oficio dos actos administrativos.

Ademais, de acordo co artigo 106 da LPAC, o ditame ten carácter preceptivo e vinculante.

Segunda.

No presente caso á proposta de resolución sometida a ditame dítase no seo dun procedemento de revisión de oficio iniciado a instancia de parte, polo que haberá de estarse ao contido da correspondente solicitude de cara a determinar tanto o acto ou actos cuxa revisión se pretende, como a causa ou causas de nulidade que nela se invoca, así como os feitos e fundamentos nos que pretende fundarse a nulidade (por todas, a recente STS do 24.2.2021, Rec. 8075/2019²).

Así, neste caso, tal e como se indicou no acordo de devolución do 9.6.2021, da solicitude de revisión de oficio, así como das alegacións presentadas polas solicitantes con ocasión do trámite de audiencia, se desprende que os actos administrativos cuxa revisión se pretende son os que determinaron o pagamento de retribucións a no período comprendido entre o 4.4.2017 e o 24.8.2018, debendo entenderse por tales os actos administrativos nos que se acordaron as distintas fases de execución

² Sinala esta sentenza que:

"(...) las solicitudes de revisión de oficio han de contener con claridad la invocación de una causa concreta de nulidad de las establecidas legalmente, así como los hechos en que se funda dicha causa, los fundamentos para considerar aplicable la causa de nulidad invocada y la petición concreta de iniciar el procedimiento de revisión de oficio (...). Ciertamente que si bien el Legislador impone la necesidad de que se invoque una concreta causa de nulidad, con mayor necesidad ha de considerarse esencial indicar los actos que se consideran incursos en dicha causa de nulidad. Pero no es eso lo que cabe concluir en el caso de autos, como ya también se ha dicho anteriormente. Es decir, aunque no se mencionaban con todo detalle los actos de concesiones de licencia, es lo cierto que se indicaba la obra ejecutada y los titulares que habían ejecutado tales obras; datos más que suficientes para que el Ayuntamiento hubiera podido proceder a examinar la procedencia de la nulidad suscitada (...)"

(autorización do gasto, disposición ou compromiso do gasto, recoñecemento e liquidación da obriga e ordenación do pagamento³), e que veñen constituídos polos decretos da Alcaldía de aprobación das nóminas correspondentes aos meses comprendidos entre abril de 2017 e agosto de 2018 (ambos meses incluídos); actos que poñen fin á vía administrativa (artigo 52 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (en diante, LBRL); posto en relación co artigo 106.1 da LPAC, respecto dos actos susceptibles de revisión de oficio).

A declaración de nulidade dos referidos decretos solicitada é só parcial, na parte referida a sendo a causa de nulidade invocada a prevista no artigo 47.1.f) da LPAC, con fundamento en que se trata de actos expresos contrarios ao ordenamento xurídico polos que aquel adquiriu dereitos económicos como alcalde logo de ter perdido a dita condición, pois, desde que se ditou a sentenza do 4.4.2017, aquel incorreu en causa de incompatibilidade do artigo 6.2.b) da LOREG.

Terceira.

Unha vez delimitado o obxecto da revisión de oficio, e con carácter previo á análise de fondo, en canto concirne aos trámites seguidos na instrución do procedemento debe partirse de que, como ten sinalado con reiteración este órgano consultivo (por todos, CCG 13/2020, CCG 14/2020 CCG 115/2020 ou os máis recentes CCG 33/2021 e CCG 203/2021), o exercicio da potestade revisora require unha adecuada e inescusable formalización, así como o

³ Regulación contida nos artigos 185 e 186 do texto refundido da Lei Reguladora das Facendas Locais, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2004, do 5 de marzo; e artigos 52 e seguintes do Real decreto 500/1990, do 20 de abril, polo que se desenvolve o capítulo primeiro do título sexto da Lei 39/1988, do 28 de decembro, reguladora das Facendas Locais, en materia de orzamentos.



escrupuloso acomodo a un procedemento do que os preceptos legais dan esencial razón en canto aos seus trámites fundamentais, o que garda directa relación coa configuración do procedemento administrativo como instrumento de garantía da legalidade e dos dereitos da cidadanía.

Neste sentido, o Tribunal Supremo, na sentenza do 24.2.2021, Rec. 8075/2019, antes citada, ten salientado que o procedemento de revisión de oficio é un procedemento especial polo seu carácter extraordinario que, no non previsto de maneira especial na súa específica regulación contida no capítulo I do título V da LPAC, debe rexerse polos principios xerais do procedemento administrativo previstos na mesma LPAC.

Pois ben, no presente caso cabe indicar que as esixencias formais foron, en esencia, cumpridas. Así, logo da presentación da solicitude por persoas interesadas⁴, realizáronse os actos de instrución, incluído o informe preceptivo da secretaria (artigo 3.3.d).3º do Real decreto 128/2018, do 16 de marzo, polo que se regula o réxime xurídico dos funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional) e, posteriormente, observouse o trámite de audiencia e formulouse a proposta de resolución.

Para rematar cos aspectos de procedemento cómpre traer a colación a doutrina deste órgano consultivo en relación coa competencia para acordar a revisión de oficio no ámbito municipal. Así, conforme o indicado en ditames precedentes (como CCG 886/2007, CCG 39/2012, CCG 40/2012, CCG 184/2014 ou os máis recentes CCG 13/2020, CCG, 120/2020, CCG 232/2020 ou CCG 100/2021, e os que neles se citan), ante a falta dunha previsión normativa expresa sobre a competencia para a revisión de oficio dos actos das

⁴ Respecto desta cuestión cabe traer a colación a doutrina sentada polo Tribunal Constitucional en relación co artigo 63 da LBRL, no que atinxe ao interese concreto que ostentan os membros dunha Corporación municipal *"en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo"* (STC 173/2004, do 18 de outubro). A maior abastanza, respecto do mantemento da condición de persoa interesada no procedemento iniciado, pese á posterior perda da condición de membro da Corporación, cabe citar a STS do 1.12.2003, Rec. 5826/2000.

entidades locais (agás a competencia para revisar de oficio os actos ditados en vía de xestión tributaria así como os actos ou disposicións de carácter xeral no caso dos municipios de gran poboación), estímase como criterio máis axeitado entender que a competencia para a revisión "*dos seus propios actos*" corresponde aos órganos que os ditaron, tendo en conta, en especial, a inexistencia dunha propia relación de xerarquía ou tutela entre os distintos órganos da Administración local, o singular sistema de funcionamento dos distintos órganos locais, así como a posible integración da lagoa existente mediante o recurso á analoxía co réxime de municipios de gran poboación previsto nos artigos 123.1 l); 124.4 m) y 127.1 k) da LBRL, que atribúen a cada órgano municipal (Pleno, alcalde e Xunta de Goberno) a competencia para revisar de oficio os seus propios actos.

Trasladando as anteriores consideracións a este caso, resulta que, sendo a Alcaldía o órgano que ditou os actos que pretenden ser revisados, é a Alcaldía do concello o órgano competente para a revisión de oficio de tales actos.

Cuarta.

Con carácter previo ao exame da cuestión sometida ao presente ditame, cómpre tamén recordar que é cita comunmente admitida a de que a revisión de oficio dos actos administrativos constitúe unha fórmula privilexiada e excepcional, en canto actividade que ten por fin privar de toda eficacia actos administrativos mediante un unilateral pronunciamento do órgano administrativo competente e sen acudir ao proceso contencioso-administrativo.

Conflúen así na revisión de oficio valores contrapostos provenientes, por unha banda, do principio de seguridade xurídica, e, por outra, do principio de legalidade, pois mediante a revisión de oficio a Administración expulsa do mundo do Dereito algunha resolución previa que, en canto acto administrativo, e por expresa previsión legal, goza do reforzo da presunción de axuste á legalidade.



Mais non todas as infraccións susceptibles de provocar a anulación dun acto administrativo, mediante o exercicio das vías ordinarias de impugnación, poden ser esgrimidas nesta vía excepción da revisión de oficio. Antes ben, esta só procederá nos supostos nos que o acto se atope viciado por algunha das causas de nulidade previstas no artigo 47.1 da LPAC, considerando ademais que aquelas causas deben ser apreciadas con cautela e prudencia, sen que poidan ser obxecto de interpretación extensiva, tendo en conta o carácter extraordinariamente restritivo que no noso Dereito Administrativo ten a nulidade de pleno Dereito. En efecto, como recorda, entre outros, o ditame CCG 247/2015, con cita do ditame do Consejo de Estado núm. 984/2007:

“(...) conviene reiterar que la circunstancia de revisar de oficio es una medida que implica una potestad tan exorbitante que debe aplicarse con mucho tiento, habiendo señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto en relación con la anterior Ley de 17 de julio de 1958 (sentencia de 24 de abril de 1993): “La jurisprudencia, siempre restrictiva en la interpretación tanto de los supuestos de nulidad del artículo 47 de la Ley de Procedimiento como de su revisión por la vía del 109, señala que éste es un cauce impugnatorio para el que se recomienda la máxima prudencia (...) habida cuenta de que la no sujeción a plazo para efectuarlo (...) entraña un riesgo evidente para la estabilidad o seguridad jurídica (...)”.

Na mesma liña, os máis recentes ditames do Consejo de Estado núm. 485/2012, 219/2013, 840/2014, 59/2016, 979/2019 ou 212/2020, insisten en que *“no cualquier vicio jurídico permite acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella es sólo posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos”.*

En suma, a revisión de oficio reviste un carácter excepcional, de modo que *“únicamente debe ser utilizada cuando realmente se detecten vicios que hagan precisa la retirada del acto del mundo jurídico”* (STS do 2.2.2017, Rec. 91/2016, e as sentenzas que nela se citan).

Sentado o anterior, e no que atinxe á concreta causa de nulidade do artigo 47.1.f) da LPAC, invocada no presente caso, esta vén referida a *“actos expresos ou presuntos contrarios ao ordenamento xurídico polos cales se adquiren facultades ou dereitos cando se careza dos requisitos esenciais para a súa adquisición”*.

Como sinala a STS de 24.4.2015, Rec. 427/2013: *“para la concurrencia de esta causa se requiere que no sólo haya un acto atributivo de un derecho y que este sea contrario al ordenamiento jurídico, sino que, además, falten esos requisitos esenciales, relativos a la estructura básica y primaria de la propia definición del acto, respecto del destinatario titular del derecho”*.

En relación con esta causa de nulidade, o Consejo de Estado ten establecido unha doutrina seguida por este Consello Consultivo en numerosos pronunciamentos (por exemplo, ditames CCG 34/2010, CCG 328/2010, CCG 113/2011, CCG 65/2015 ou os máis recentes CCG 14/2020, CCG 33/2021 ou CCG 168/2021), baseada na interpretación restritiva dos requisitos que posúen a nota de esenciais, conforme a cal:

“(…) Una interpretación amplia de los requisitos esenciales para su adquisición comportaría fácilmente una desnaturalización de las causas legales de invalidez, por cuanto la carencia de uno de ellos determinaría de modo automático la nulidad de pleno derecho, vaciando de contenido no pocos supuestos de simple anulabilidad. Esto representaría un grave peligro para la seguridad jurídica, dada la falta de plazo para proceder a la revisión de los actos nulos. Además, haría quebrar uno de los principios básicos del Derecho administrativo español, que reserva las nulidades de pleno derecho para las violaciones más graves del ordenamiento jurídico, incluyendo las restantes en la anulabilidad (...)”.

De conformidade con esta doutrina é preciso distinguir entre *“requisitos necesarios”* e *“requisitos esenciais”*, na liña establecida tamén polo Tribunal Supremo, que, en sentenzas como a do 26.11.2008 (Rec. 1988/2006), a do



7.10.2010 (Rec. 481/2008) ou a do 5.12.2012 (Rec. 6076/2009), ten sinalado como:

"(...) No todos los requisitos necesarios para ser titular de un derecho pueden reputarse "esenciales": tan sólo los más significativos y directa e indisolublemente ligados a la naturaleza misma de aquél. En otro caso, se propiciaría la desvirtuación de este motivo extraordinario de invalidez absoluta, que vendría a parificarse en la práctica con los motivos de anulabilidad (...)"

Polo tanto, a expresión "*requisitos esenciais*", de modo congruente co carácter restritivo e estrito da categoría da nulidade radical ao que se aludiu na consideración anterior, "*ha de reservarse para aquellos vicios de legalidad que consisten en la ausencia de los presupuestos de hecho que, en cada caso, deban concurrir necesariamente*" (STS 6.5.2009, Rec.1511/2006).

Para rematar con estas consideracións xerais procede recordar que, como se indicou nos ditames CCG 247/2015 ou CCG 495/2015, para que sexa posible apreciar a existencia dun vicio de nulidade de pleno Dereito por esta causa, a falta dos requisitos esenciais ha de ser manifesta e indubidable. O contrario entrañaría un risco indesexable de desfiguración desta causa de nulidade e, mesmo de quebra do réxime legal e, por conseguinte, de erosión irremediable do principio de seguridade xurídica, máxime á vista da ausencia de prazo algún para o exercicio da potestade de revisión de oficio en relación cos actos nulos de pleno Dereito. Resulta, pois, necesario que a adquisición da facultade ou do dereito en cuestión se teña producido carecendo totalmente "*de forma notoria*" dalgún dos presupostos esenciais para a súa adquisición (ditame do Consejo de Estado núm. 130/2020 e os que nel se citan).

Quinta.

Sentadas as precedentes consideracións xerais, procede pasar a analizar o concreto suposto obxecto do presente ditame.

Do exposto previamente resulta que se pretende a revisión de oficio dos decretos de aprobación das nóminas correspondentes ao período comprendido entre os meses de abril de 2017 e agosto de 2018 (ambos incluídos), na parte referida a _____, ao determinar os referidos actos a percepción por este, entre o 4.4.2017 e o 24.8.2018, de retribucións como alcalde, pese a non ostentar a dita condición ao ter incorrido na causa de incompatibilidade do artigo 6.2.b) da LOREG en virtude da sentenza do Xulgado do Penal número 3 da Coruña, do 4.4.2017, que o condenou como autor dun delito de prevaricación administrativa continuado á pena de 4 anos de inhabilitación para emprego ou cargo público.

Pois ben, é claro que os referidos decretos constitúen actos expresos en virtude dos cales _____ adquiriu o dereito á percepción de determinadas cantidades económicas, así como que un requisito para a adquisición daquel dereito é ter a condición de alcalde; requisito que cabe cualificar de esencial na medida na que as cantidades, procedentes dos orzamentos municipais e incluídas nos referidos decretos ao seu favor, estaban "*directa e indisolublemente*" unidas a aquela condición.

Sobre esta base, procede analizar se, como consecuencia da condena pola sentenza do Xulgado do Penal número 3 da Coruña, do 4.4.2017, e aínda que esta sentenza non fose firme, por terse interposto recurso de apelación, _____ perdeu a condición de alcalde e, polo tanto, o requisito esencial para gozar do dereito á percepción das cantidades contidas ao seu favor nos decretos de aprobación de nóminas indicados.

Para unha axeitada análise desta cuestión procede partir dunhas breves consideracións xerais sobre o dereito de sufraxio pasivo e da especial intensidade do principio de representatividade no concreto eido local.

Así, conforme reiterada doutrina do Tribunal Constitucional, o artigo 23.2 da Constitución española confire á cidadanía o dereito a acceder en condicións de



igualdade ás funcións e cargos públicos, cos requisitos que sinalen as leis; dereito do que forma parte o chamado sufraxio pasivo. Este dereito a acceder en condicións de igualdade aos cargos de natureza representativa implica tamén o de manterse neles e desenvolvelos *“de acordo con la ley”*. Trátase, polo tanto, dun dereito de configuración legal, non incondicionado ou absoluto, podendo o lexislador establecer limitacións e restricións (STC 97/2020, do 21 de xullo, e as que nela se citan). A mesma sentenza salienta como: *“Cuando se trata de tales cargos representativos, el derecho enunciado en el artículo 23.2 CE ha de ponerse en conexión con el de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 CE), pues son los representantes quienes actualizan aquel derecho de los ciudadanos, al margen ahora la participación directa a la que el propio precepto se refiere”*.

Precisamente no eido local, o Tribunal Constitucional ten salientado como o principio representativo constitúe o fundamento da autonomía local e como este principio ten sido consagrado para os concellos cunha especial intensidade ao atribuír o artigo 140 da Constitución española o goberno e a administración aos concellos, integrados por Alcaldes e Concelleiros, e impondo a súa elección democrática *“como manifestación del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, consagrado en el art. 23 CE, en su doble vertiente de derecho a participar directamente o por representantes libremente elegidos y derecho de acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos. Los Concejales son elegidos por sufragio universal, igual, libre directo y secreto en la forma establecida por la ley. El Alcalde, por los Concejales o por los vecinos. En definitiva, el art. 140 CE otorga una especial legitimación democrática al gobierno municipal, tanto en su función de dirección política, como de administración (...) Un plus de legitimidad democrática (...)”* (STC 103/2013, do 25 de abril). Plus de legitimidade democrática que en concellos, como o que nos ocupa, de poboación superior a 250 habitantes, *“está ínsito en los requisitos y los*

términos que fija la LOREG para la elección de Alcalde⁵, vinculando la voluntad del cuerpo electoral expresada en las urnas con la candidatura a la Alcaldía al exigir que debe postularse como candidato el Concejal que encabece la lista electoral”; requisito legal que “permite identificar la exigencia de un plus de representatividad en la persona que presenta su candidatura a Alcalde” (STC 125/2013, do 23 de maio).

Partindo do anterior, e centrándonos xa no eido concreto das causas de incompatibilidade, o artigo 73.1 da LBRL dispón, respecto dos membros das Corporacións Locais, que *“los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad se regularán en la legislación electoral”*. En sentido similar se pronuncia o artigo 6.1 do ROF, dispoñendo o artigo 9 do mesmo regulamento que: *“El Concejal, Diputado o miembro de cualquier entidad local perderá su condición de tal por las siguientes causas: (...) 5. Por incompatibilidad, en los supuestos y condiciones establecidos en la legislación electoral”*.

Tamén conteñen unha remisión á lexislación electoral en materia de incompatibilidade dos membros das Corporacións Locais os artigos 221.1 e

⁵ Regulación contida no artigo 196 da LOREG, conforme o cal:

“En la misma sesión de Constitución de la Corporación se procede a la elección de Alcalde, de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- a) Pueden ser candidatos todos los Concejales que encabezen sus correspondientes listas.*
- b) Si alguno de ellos obtiene la mayoría absoluta de los votos de los Concejales es proclamado electo.*
- c) Si ninguno de ellos obtiene dicha mayoría es proclamado Alcalde el Concejal que encabece la lista que haya obtenido mayor número de votos populares en el correspondiente municipio. En caso de empate se resolverá por sorteo.*

En los municipios comprendidos entre 100 y 250 habitantes pueden ser candidatos a Alcalde todos los Concejales; si alguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta de los votos de los Concejales es proclamado electo; si ninguno obtuviese dicha mayoría, será proclamado Alcalde el Concejal que hubiere obtenido más votos populares en las elecciones de Concejales.”



223.5ª da Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración Local de Galicia (preceptos de dicción similar ao artigo 73.1 da LBRL e ao artigo 9.5 do ROF, respectivamente).

Acudindo, pois, á lexislación electoral, conforme o artigo 6.2.b) da LOREG, na redacción dada pola Lei orgánica 3/2011, do 28 de xaneiro, son inelexibles: “b) *Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal*”.

E, de acordo co artigo 6, número 4 da LOREG (introducido pola Lei orgánica 3/2011, do 28 de xaneiro), parágrafo primeiro: “*Las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad. Las causas de incompatibilidad se regirán por lo dispuesto para cada tipo de proceso electoral*”.

O artigo 6 forma parte das disposicións comúns para as eleccións por sufraxio universal directo, contidas no título I da LOREG. No título III da lei se recollen as disposicións especiais para as eleccións municipais, das que procede traer a colación a contida no artigo 177.2 conforme a cal: “2. *Son inelegibles para el cargo de Alcalde o Concejál quienes incurran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 6 de esta Ley (...)*”.

E tamén o disposto no artigo 178.1 a tenor do cal: “1. *Las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior, lo son también de incompatibilidad con la condición de Concejál*”.

A regulación citada resulta así clara respecto de que a causa de inelixibilidade do artigo 6.2.b) da LOREG é causa de incompatibilidade da condición de concelleiro e, polo tanto, da condición de alcalde habida conta da esixencia

legal, á que antes se aludiu, de ser concelleiro para ostentar tal condición conforme o artigo 196 da LOREG.

Resulta tamén clara a redacción do artigo 6.2.b) da LOREG á hora de descartar a necesidade de que, para que opere esta causa, a sentenza que impón a condena sexa firme, ao recollese nel expresamente o inciso "*aunque no sea firme*". Neste sentido, a recente STS do 20.7.2021, Rec. 8/2020, salientou como a aplicación desta causa de incompatibilidade no suposto de condena por sentenza non firme constitúe un "*supuesto previsto con precisión en la misma*".

Respecto do alcance desta causa de incompatibilidade, tamén procede traer a colación o sinalado na STS do 1.4.2019, Rec. 5590/2017, na que se fixa como doutrina que: "*la causa de inelegibilidad e incompatibilidad establecida en el art. 6.2 b) en relación con el art. 6.4. de la LOREG debe ser entendida en el sentido de que afecta a los condenados por los delitos de rebelión, terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado, cuando la sentencia, aunque no sea firme, haya impuesto la pena de inhabilitación especial o de suspensión para empleo o cargo público, cualesquiera que sean los empleos o cargos públicos a los que se refiera dicha pena*".

Pois ben, no presente caso, _____, foi condenado, por sentenza do Xulgado do Penal número 3 da Coruña, do 4.4.2017, como autor dun delito de prevaricación administrativa continuado. Este delito está tipificado no artigo 404 do Código Penal; precepto situado dentro do seu título XIX, relativo aos delitos contra a Administración Pública. A pena imposta foi de 4 anos de inhabilitación para emprego ou cargo público (alcalde, tenente, concelleiro ou de natureza electiva ou participación en goberno municipal e incapacidade para obtelos durante o tempo de condena). En consecuencia, a condena en virtude da referida sentenza, pese a non ser firme por interpoñerse



contra ela recurso de apelación, determinou a concorrencia da causa de incompatibilidade do artigo 6.2.b) da LOREG.

Sentado o anterior, procede a continuación analizar a cuestión relativa ao *dies a quo* ou momento a partir do cal tivo efectos a dita causa de incompatibilidade e a conseguinte perda, por _____ da condición de concelleiro e alcalde do _____

A normativa electoral non contén unha regulación específica ao respecto, se ben a resposta á cuestión indicada pode atoparse tendo en conta o conxunto da regulación en materia de incompatibilidades dos membros das Corporacións locais, así como a configuración xurisprudencial da concreta causa de incompatibilidade que nos ocupa.

Comezando polo primeiro aspecto, tanto da regulación que contén o artigo 178 da LOREG (respecto doutras causas de incompatibilidade suxeitas ao deber de optar) como das previsións da normativa de réxime local en materia de incompatibilidades dos membros das Corporacións locais, resulta que, neste eido, imponse á persoa afectada un deber de adopción dunha postura activa e dilixente ante a concorrencia dunha causa de incompatibilidade. Como principal manifestación deste deber, o artigo 10.1 do ROF dispón: “1. *Los Concejales y Diputados deberán observar en todo momento las normas sobre incompatibilidad y deberán poner en conocimiento de la Corporación cualquier hecho que pudiera constituir causa de la misma*”. O deber de observancia “*en todo momento*” das normas sobre incompatibilidade recóllese tamén no artigo 230 da Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia, a teor do cal:

“No ejercicio do seu cargo, os membros das corporacións locais observarán, en todo momento, as normas sobre incompatibilidades establecidas no ordenamento vixente e absteranse de participar na deliberación, votación, decisión e execución de calquera asunto se concorren nel algunhas das causas ás que se refire a lexislación sobre procedemento administrativo e a de contratos das administracións públicas.”

A actuación dos membros das corporacións locais en que concorran as mencionadas causas comportará, se foi determinante, a invalidez dos actos nos que interviñeron”.

No que atinxe ao segundo extremo, debe partirse da doutrina do Tribunal Constitucional sobre a operatividade das causas de inelixibilidade como causas de incompatibilidade. Neste sentido, sinala a STC 155/2014, do 25 de setembro:

“(...) en nuestro ordenamiento jurídico, todas las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad, pero no a la inversa o, en términos de este Tribunal “nuestro sistema es el de la concurrencia de supuestos de inelegibilidad, que impiden el convertirse, en quien concurren, en sujeto pasivo de la relación electoral, y de supuestos de incompatibilidad, en los que se transforman las de inelegibilidad que dice el art. 4, 5 y 6, operando, en su caso, impidiendo el acceso al cargo o el cese en el mismo, de modo que aquellos, proclamados y aún elegidos, que han quedado posteriormente afectados por tales causas, incurrir en incompatibilidad. La causa sobrevenida opera así como supuesto de incompatibilidad, generadora, no de la invalidez de la elección, sino de impedimento para asumir el cargo electivo o de cese, si se hubiera accedido al escaño” (STC 45/1983, de 25 de mayo, FJ 5). De esta forma, los supuestos de inelegibilidad se transforman en causas de incompatibilidad por expresa previsión del legislador si, aun no concurriendo la tacha cuando el representante concurrió a las elecciones como candidato, una vez electo y, mientras ostente la condición de parlamentario, pretendiera acceder a algunos de los cargos calificados como inelegibles que, en ese momento, se transformarían en causas de incompatibilidad (...).”

Polo tanto, a concorrencia deste tipo de causas de incompatibilidade sobrevidas unha vez que se accedeu ao cargo (como a do artigo 6.2.b) da LOREG) da lugar automaticamente a supostos de incompatibilidade xeradores do cesamento no cargo, sen que caiba ningunha posibilidade de opción que permita resolvelas –como sucede noutros supostos, por exemplo, os do artigo 178 LOREG–.

Ao anterior se une a doutrina sentada recentemente polo Tribunal Supremo respecto da concreta causa de incompatibilidade do artigo 6.2.b) da LOREG,



conforme a cal estamos ante unha causa que opera *ope legis*, como efecto extrapenal da condena de natureza imperativa.

Así, nunha primeira sentenza do 9.4.2021, Rec. 110/2020, o Tribunal Supremo indicou que: *"(...) es esa sentencia condenatoria penal el hecho determinante del efecto, ex lege, de la pérdida de la condición de concejal, y quién se ve afectado por tal disposición (...) Por tanto, una vez dictada la sentencia condenatoria referida, que conlleva ex lege la pérdida de la condición de concejal (...), la actuación de la Junta Electoral Central resulta ordenada en virtud de lo dispuesto en la LOREG, que atribuye a la JEC la competencia para expedir las certificaciones y credenciales"*. E, se ben nesa sentenza (que resolveu o recurso contencioso-administrativo formulado contra unha resolución da Xunta Electoral Central de expedición de nova credencial) estimouse que no caso concreto analizado *"El origen ex lege de esta causa de incompatibilidad implica, una vez se produce la toma de conocimiento de la sentencia condenatoria, aunque no sea firme, la pérdida de la condición de concejal por la causa de incompatibilidad"*, en posteriores pronunciamentos o Tribunal Supremo ten reforzado a operatividade *ope legis* da dita causa, aínda que non se teña producido unha toma de coñecemento polo correspondente órgano representativo. Trátase de sentenzas, que aínda que referidas a representantes autonómicos, recollen unha doutrina que ha de entenderse tamén aplicable ao eido local. Así, por unha banda, a STS do 28.4.2021, Rec. 18/2020, tras salientar que é a LOREG a que, ao configurar as causas de inelibilidade como de incompatibilidade, *"hace entrar en juego el efecto extrapenal de la sentencia condenatoria"*, engade que *"cabe sustanciar ante la cámara parlamentaria la inelegibilidad sobrevenida mas no es una competencia exclusiva suya ya que, bien ante su inactividad o por cualquier otra razón, puede actuar la Administración electoral en aplicación directa de la LOREG, a fin de hacer efectiva la prescripción legal examinada y así restablecer la composición del Parlamento mediante la expedición de la credencial al*

candidato correspondiente de la lista del cesado por haber perdido su capacidad electoral”.

E a posterior STS do 20.7.2021, Rec. 8/2020, dispón: “(...) *no es el acuerdo impugnado⁶ el que priva originariamente al recurrente de su credencial (...), sino que se adapta a aquello que se ha impuesto en una sentencia penal condenatoria, condena a la que dos preceptos de la LOREG atribuyen tal efecto (...)*”.

A mesma sentenza reitera, con cita da previa STS do 28.4.2021, Rec. 18/2020, a “*naturaleza imperativa del efecto extrapenal de la sentencia condenatoria*” e engade:

“(...) la causa de inelegibilidad e incompatibilidad establecida en el art. 6.2 b) en relación con el art. 6.4. de la LOREG es un elemento de la configuración legal del derecho de participación política del art. 23.2 CE, que, como es sabido, reconoce y garantiza este derecho con los requisitos que garanticen las leyes; requisitos que, en su configuración de las condiciones de elegibilidad e incompatibilidad, deben ser efectivos. Como ha declarado la STC 97/2020, de 21 de julio “[...] el ejercicio de un derecho de participación, como el del artículo 23 CE, no puede conllevar, sin daño para el Estado de Derecho, art. 1.1 CE, la práctica revocación, de facto, de una medida vinculada por la ley a la adopción de determinadas resoluciones judiciales [...]” (...) Se trata de una medida vinculada por la ley electoral necesariamente a la condena penal a pena de inhabilitación, en este caso especial, por unos precisos delitos, entre los que está el delito contra la Administración Pública por el que fue condenado el recurrente. La proporcionalidad y legitimidad de esta medida en relación a los requisitos de elegibilidad no ofrece dudas (...) la aplicación de la regla de inelegibilidad electoral se anuda, de forma directa y exclusiva, al hecho puramente objetivo de que existe una sentencia condenatoria por determinados delitos (...) la eventual anulación de la sentencia condenatoria no firme, es una causa posterior que, en efecto, invalida la causa de incompatibilidad que extinguió la condición de electos -en nuestras sentencias se trataba de concejales electos- y determina el

⁶ O acordo impugnado era un acordo da Xunta Electoral Central polo que se declara a concorrencia nun deputado autonómico da causa de inellexibilidade sobrevida do artigo 6.2 b) da LOREG, se deixa sen efecto a credencial de Diputado electo, e se ordena o necesario para expedir unha nova credencial.



restablecimiento en el cargo siempre que resulte posible, de manera que se mantiene la efectividad del derecho a recurrir la sentencia penal. En este sentido, pueden verse nuestras sentencias núms. 844/2019, de 18 de junio (rec. cont-advo. 252/2018) y 941/2021, de 9 de abril (recurso 110/2020) (...)”.

Estamos, polo tanto, ante unha causa de incompatibilidade da condición de concelleiro que opera *ex lege*. A eficacia extrapenal da condena é imperativa, por disposición da LOREG, polo que non pode facerse depender do coñecemento ou da declaración da concorrencia da dita causa polo Pleno da Corporación ou pola Xunta Electoral Central, sen prexuízo de que sexa preciso que si se produza unha toma de coñecemento co fin de arbitrar os mecanismos que garantan o restablecemento do normal funcionamento da Corporación ante a vacancia producida.

Advirtase como, do contrario, isto é, de ser a toma de coñecemento polo Pleno ou pola Xunta Electoral Central requisito *sine qua non* para que aquela causa de incompatibilidade produza efectos, ante a falta de previsión legal expresa que garanta o coñecemento directo da sentenza condenatoria por aqueles, a eficacia quedaría á vontade da persoa condenada ou ao eventual coñecemento que, por outras vías distintas da comunicación da persoa condenada, puidesen ter o Pleno ou a Xunta Electoral Central, o que atentaría contra a natureza imperativa e *ope legis* da causa de incompatibilidade que nos ocupa, así como cos fins aos que esta responde, postos de manifesto polo Tribunal Supremo. Así, xa na STS do 1.4.2019, Rec. 5590/2017, referiuse á “*ejemplaridad social exigible a quien ejerce función pública, máxime si es representante de los ciudadanos*” e a que:

“(...) Debemos, pues, interpretar el art. 6.2 de la LOREG en su reforma 2011 -condenados por delitos contra la Administración Pública o contra las instituciones del Estado que, eso es significativo, amplió la reforma de 2003 -condenados por delitos contra las Instituciones del Estado- no establecida en la redacción originaria de la LOREG.

Constatamos en esa reforma un sentido omnicomprensivo no limitativo en lo que concierne al art. 23.2 CE en aras a una mayor protección de las instituciones públicas haciendo emerger una orientación más cercenadora respecto a condenados a la pena de inhabilitación especial de empleo o cargo público.

La sociedad contemporánea reclama que empleos y cargos públicos de base representativa no puedan ser ocupados por sujetos que hubieren sido objeto de inhabilitación especial tras una condena penal independientemente del ámbito de la Administración Pública en que hubiera tenido lugar la comisión del delito (...).

E na posterior STS 20.7.2021, Rec. 8/2020, salientou como:

"(...) su funcionalidad se produce en un ámbito absolutamente ajeno al proceso penal, y si bien es cierto que el legislador extrae una consecuencia de la sentencia penal condenatoria, aun no firme, lo hace con otro objetivo, limitado y también legítimo, que no cabe tachar de desproporcionado, como es el de la preservación de la calidad de la democracia y la confianza de los representados en sus representantes en instituciones democráticamente elegidas, objetivo que opera en el plano estrictamente institucional y representativo. La duración del proceso penal con todas sus garantías, incluidos los recursos -que en no pocos casos puede alcanzar una extensión temporal significativa respecto a la duración habitual de cuatro años de las legislaturas- no puede impedir que, una vez que existe una sentencia condenatoria, aun no firme, obtenida en un proceso penal seguido con todas las garantías, y a los solos efectos de preservar la confianza de los ciudadanos en las instituciones de representación democrática, el legislador disponga que se derive, en el ámbito estrictamente electoral, una consecuencia como es la causa de inelegibilidad prevista en el art. 6.2.b LOREG (...).

Finalidade de preservación da calidade da democracia e de confianza dos representados nos seus representantes que adquire singular transcendencia no eido local, habida conta da especial relevancia do principio representativo neste eido ao que se aludiu con anterioridade.



O ata aquí exposto leva a concluír que, desde que a persoa condenada ten coñecemento da sentenza condenatoria nace o seu deber de observar a norma que impón, como efecto extrapenal imperativo desa condena, a concorrencia *ex lege* dunha causa de incompatibilidade, así como o seu deber de poñer en coñecemento da Corporación municipal esa causa coa debida dilixencia e, polo tanto, sen demora. A partir dese momento, pois, ha de entenderse que a causa de incompatibilidade do artigo 6.2.b) da LOREG desprega a súa eficacia, sen que a actitude pasiva ou obstativa da persoa condenada, impedindo, retrasando ou dificultando a toma de coñecemento pola Corporación municipal ou pola Xunta Electoral Central da concorrencia daquela causa, poida evitar a eficacia desta.

Trasladando as anteriores consideracións ao presente caso, ha de estimarse que, desde o día seguinte á notificación a da sentenza condenatoria ditada: Xulgado do Penal número 3 da Coruña, produciu os seus efectos a causa de incompatibilidade do artigo 6.2.b) da LOREG e, polo tanto, tivo lugar *ex lege* a perda da súa condición de alcalde. En consecuencia, desde ese día e ata a data da toma de coñecemento polo Pleno da súa renuncia (o 24.8.2018) aquel careceu dun requisito esencial para adquirir o dereito á percepción das cantidades recollidas ao seu favor nos correspondentes decretos de aprobación de nóminas, os cales estarían así afectados pola causa de nulidade do artigo 47.1.f) da LPAC; nulidade só parcial, limitada á parte referida a e ao período indicado, en aplicación do artigo 49.2 da LPAC, conforme o cal: “2. A nulidade ou anulabilidade en parte do acto administrativo non implicará a das partes deste independentes daquela, salvo que a parte viciada sexa de tal importancia que sen ela o acto administrativo non tería sido ditado”.

Sexta.

Resta por analizar se, pese á concorrencia da causa de nulidade do artigo 47.1.f) da LPAC, no presente caso o exercicio da potestade de revisión de oficio se vería impedido pola presenza dalgún dos límites previsto no artigo 110 da LPAC, tal e como defendeu nas alegacións presentadas con ocasión do primeiro trámite de audiencia.

Dispón o artigo 110 da LPAC:

“Artigo 110. Límites da revisión.

As facultades de revisión establecidas neste capítulo non poderán ser exercidas cando, por prescripción de accións, polo tempo transcorrido ou por outras circunstancias, o seu exercicio resulte contrario á equidade, á boa fe, ao dereito dos particulares ou ás leis”.

Conforme reiterada doutrina xurisprudencial (por todas, STS do 11.1.2017, Rec. 1934/2014), este precepto (de dicción similar ao anterior artigo 106 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das Administracións Públicas e do procedemento administrativo común), establece unha cláusula de peche que limita a posibilidade de revisión pola concorrencia das circunstancias excepcionais que nel se prevén, limitando a posibilidade de expulsar do ordenamento xurídico un acto que incorre nun vicio de especial gravidade ponderando as circunstancias concorrentes e os bens xurídicos en xogo, polo que a decisión última sobre a procedencia ou non da aplicación do precepto dependerá do caso concreto.

Trátase, ademais, de límites ao exercicio da potestade de revisión de oficio, e non de límites que poidan ser aplicados para atemperar os efectos ou as consecuencias da declaración de nulidade, isto é, os ditos límites “*se refieren únicamente a la declaración de nulidad propiamente dicha y no autorizan a conservar efectos de actos cuya nulidad haya sido correctamente declarada*” (doutrina sentada na STS do 1.12.2020, Rec. 3857/2019. Na mesma liña poden citarse as SSTs do 22.5.2019, Rec. 1137/2017, e do 10.7.2019, Rec. 1184/2017).⁷

Sentado o anterior, a correcta aplicación do precepto esixe “*dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u “otras circunstancias”); por otro el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes*” (STS do 14.6.2016, Rec. 849/2014).

Pois ben, comezando polo elemento temporal, cómpre advertir, seguindo o sinalado polo Tribunal Supremo, como o lapso temporal utilizado para o exercicio da acción de revisión non pode identificarse cos prazos de prescripción das accións fronte actos anulables. Así, salienta a STS do 11.1.2017, Rec. 1934/2014, antes citada, como non abonda “*con vincular el transcurso del*

⁷ En concreto, esta última sentenza fixou como doutrina:

“*Que si concurre una causa de nulidad del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 y de oficio no se aprecia la concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 106 de la Ley 30/1992 capaces de enervar o limitar el ejercicio de la potestad de revisión de oficio, procede declarar la nulidad del acto con las consecuencias que le sean propias, sin que proceda apreciar esas circunstancias sólo para que actúen sobre esas consecuencias.*”

Xa en sentenzas previas o Tribunal Supremo seguira a mesma liña. Así, por exemplo, a STS do 11.1.2017, Rec. 1934/2014 antes citada, xa advertira de que: “*Cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en el art. 106 de la Ley 30/92 lo que procede es excluir la revisión y consecuentemente la declaración de nulidad del acto, pero si el Tribunal considera que la acción de revisión ha sido ejercida correctamente y procede declarar la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión, lo que no puede es limitar los efectos de la nulidad apreciada desproveyéndola de toda consecuencia jurídica.*”

previsto en el ordenamiento jurídico para ejercer la acción de anulación o para solicitar el reintegro, con el límite excepcional previsto en el art. 106 de la Ley 30/1992 para impedir el ejercicio de la revisión de un acto nulo de pleno derecho”: Pola contra, o elemento temporal ten recibido unha interpretación moito máis restritiva, reservándose para aqueles supostos nos que o prazo transcorrido resulta excesivo e desproporcionado, afectando á seguridade xurídica xerada e moi especialmente cando afecta a terceiros. Normalmente, naqueles casos nos que o lapso de tempo transcorrido desde que se coñeceron as irregularidades ou vicios do acto e a actitude de pasividade mostrada desde entón permite entender que debe primar o principio de seguridade xurídica fronte ao de legalidade, pois a equidade e boa fe fan improcedente a súa revisión. Así, por exemplo, no caso de anulación de deslindes aprobados décadas antes da súa revisión (SSTS do 21.2.2006, Rec. 62/2003; o 20.2.2008, Rec. 1205/2006, e do 17.11.2008, Rec. 1200/2006); ou nos casos de anulación dun acordo de colexiación instado vinte anos despois (STS do 16.7.2003, Rec. 6245/1999), entre outros.

Tendo en conta a anterior doutrina xurisprudencial, estímase que o escaso tempo transcorrido desde que se ditaron os actos cuxa revisión se pretende, que datan de 2017 e 2018, non permite apreciar a procedencia da aplicación por tal causa do artigo 110 da LPAC.

E tampouco cabe entender que no presente caso concorran “*outras circunstancias*” que determinen que o exercicio da potestade de revisión de oficio resultaría contrario “*a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes*”.



Procede neste punto salientar, por unha banda, como

_____ non era un terceiro alleo nin á produción dos actos cuxa nulidade se pretende (que foron ditados por el) nin ao vicio de nulidade que nos ocupa. Así, tal e como se analizou na consideración anterior respecto das obrigas dos membros das Corporacións Locais, _____ tiña o deber de coñecer e de observar en todo momento as normas sobre incompatibilidades. E, ademais, como se desprende dos antecedentes deste ditame, foi advertido en diversas ocasións, tanto pola secretaria como pola interventora municipal (funcionarias que legalmente tiñan atribuído o asesoramento legal e o control e a fiscalización interna da xestión económico-financeira e orzamentaria municipal, respectivamente, ex artigo 92 bis da LBRL), desde que aquelas tiveron coñecemento da existencia da sentenza condenatoria do xulgado, da concorrencia de causa de incompatibilidade, da situación irregular na que por tal motivo se atopaba a organización municipal, así como dos vicios dos actos que ditase no exercicio do cargo de alcalde (incluída a formulación, pola interventora municipal, de reparos específicos respecto da súa retribución como alcalde; reparos que foron expresa e conscientemente levantados por _____ ao ditar os decretos de aprobación de nóminas).

A maior abastanza, precisamente por non tratarse dun terceiro alleo á produción dos actos cuxa revisión se pretende e ao vicio de nulidade que nos ocupa, non cabe entender que a declaración de nulidade permitiría amparar un enriquecemento inxusto da Administración a través da obriga de devolución das cantidades percibidas⁸. En efecto, non estamos ante un suposto no que caiba extrapolar a doutrina sobre o funcionario aparente, que ocupa o seu posto con aparencia de lexitimidade, creándose unha situación na que aquel obra de boa fe e movido por unha garantía lexítima digna de protección. Pola contra, como se acaba de indicar, tiña o deber de coñecer e coñecía efectivamente -habida conta das advertencias da Secretaria e da Interventora municipal- a súa situación de incompatibilidade e as consecuencias que levaba consigo manterse no exercicio do cargo pese a tal situación. Resulta ilustrativo neste sentido o indicado na STSX de Canarias do 30.1.2015, Rec. 122/2014 (citada no informe da secretaria municipal emitido

⁸ Conforme o sinalado na STS 11.1.2017, Rec. 1934/2014:

"el cómputo del plazo para que la Administración pudiese ejercer la acción destinada a reclamar las cantidades indebidamente percibidas no puede empezar a computarse sino desde el momento en que la declaración de nulidad es firme, pues solo a partir de ese momento la Administración está legitimada para solicitar el reintegro de las cantidades que a la postre se consideraron indebidamente percibidas. Así lo apuntamos ya, aunque de forma incidental, en nuestra sentencia de 14 de julio de 2015 (rec. 2223 / 201) afirmándose que "[...] aunque ciertamente tiene razón la Administración recurrente en que difícilmente podría correr el plazo de prescripción para reclamar una cantidad cuya percepción ha sido declarada nula de pleno derecho antes de dicha declaración de nulidad".

Na mesma liña, a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 6.2.2019, Rec. 241/2018, dispón:

"(...) Por ello, el acuerdo de 31-3-2000 es conforme a Derecho debido a que sólo siguiendo el procedimiento del artículo 102 Ley 30/1992, que acuerda iniciarlo, puede llegar a anularse el acuerdo de 16-11-95 en la parte que interesa, mientras que la obligación de devolución de las sumas percibidas no puede nacer hasta que haya tenido lugar aquella declaración de nulidad.

El actor olvida que existe un acto firme, cual es el derivado del acuerdo de 16-11-95, cuya nulidad previa, a través del procedimiento de revisión de oficio, es precisa para que pueda y deba decidirse posteriormente la devolución (...)"



no curso da instrución do procedemento), transcribindo o indicado na STSX de Extremadura, do 25.1.1999, Rec. 3352/1994:

“SEXTO. Con un argumento más sugestivo se oponen las defensas de las partes demandada a la pretensión accionada aduciendo que las retribuciones percibidas deben compensar los servicios realmente prestados a la Corporación durante la vigencia del acuerdo declarado nulo; compensación que, a su juicio, se alcanza con las retribuciones percibidas, de donde se concluye que debe mantenerse la situación ya consumada y denegar la petición de devolución. Se añade que, en otro caso, se produciría un enriquecimiento indebido de la Corporación; (...) No está exento de razón el argumento en la forma expuesta y reiteradamente se ofrecen ejemplos en la jurisprudencia de acogida de esa solución en supuestos de ineficacia de actos que afecten a funcionarios de mero hecho en que, pese a la declaración de nulidad de los actos de nombramiento, el mero hecho de haber venido desempeñando unos servicios para las Administraciones obliga a mantener las retribuciones percibidas en justa compensación del trabajo prestado. Pero no puede olvidarse que en estos casos la naturaleza de las percepciones de retribuciones no se vincula ya a la relación estatutaria del funcionario ilícitamente designado, sino a un supuesto de responsabilidad de las misma Administración frente a ese tercero que, de buena fe, ha venido prestando su trabajo que debe ser remunerado. Pues bien, trasladar al caso de autos esa doctrina no deja de ofrecer alguna dificultad pues no se olvide que en el caso presente fue la misma actuación de los interesados la que propició la actuación contraria al Ordenamiento Jurídico y, a su vez, los beneficiados con lo acordado. En suma, de aceptarse sin reservas el argumento esgrimido por los ahora demandados, se llegaría a la inadmisibles conclusión de que cualquier persona física que detente un cargo administrativo pueda dictar o cooperar a que se adopten en un órgano colectivo actos manifiestamente ilícitos y por ello nulos de pleno derecho que les afecten personalmente y dejar sin efecto las consecuencias de esa nulidad una vez declarada, amparándose en los servicios prestados bajo la situación contraria a derecho. Conclusión evidente y que ha de encontrar amparo desde el punto de vista técnico jurídico en que, como dijimos, esa pretendida compensación de las retribuciones ilegales con los trabajos realmente realizados, está reservada para aquellos supuestos en que el interesado no hubiesen propiciado con su actuación la misma existencia del acto nulo de pleno derecho; pues en otro caso, la causa directa, inmediata y exclusiva del perjuicio trabajo sin retribuciones no es el mero funcionamiento de los servicios públicos, sino la misma actuación del lesionado, alterándose la necesidad de la relación causal como uno de los elementos necesarios de la responsabilidad patrimonial en que se basaría ese

derecho de resarcimiento. Y buen ejemplo de lo expuesto es el caso de autos pues a tenor de lo ya declarado en nuestra anterior sentencia fue la actuación de los mismos ediles afectados por el acuerdo luego declarado nulo los que permitieron y colaboraron de forma decisiva a su adopción, por lo que no cabe estimarles ajenos a las consecuencias que la ulterior declaración de nulidad comporta; de ahí que no pueda excluirse de los efectos de esa declaración y de la declaración realizada la devolución de las cantidades real y efectivamente percibidas en base a dicho acuerdo".

Ao anterior se une, como se indicou antes, a necesidade de ter en conta, á hora de analizar a posible aplicación dos límites do artigo 110 da LPAC, os bens xurídicos en xogo, e, neste caso, a causa de incompatibilidade determinante da concorrencia da causa de nulidade que nos ocupa conecta, como se analizou con detalle na consideración anterior deste ditame, con intereses públicos esenciais como son a *"preservación de la calidad de la democracia y la confianza de los representados en sus representantes en instituciones democráticamente elegidas"* (STS do 20.7.2021, antes citada). Ao que cabe engadir como o mantemento no exercicio do cargo, pese á concorrencia *ex lege* dunha causa de incompatibilidade, afectou así mesmo o lexítimo exercicio do dereito de acceso a cargo público do artigo 23.2 CE e dos dereitos retributivos a el vinculados de quen, en virtude da causa de incompatibilidade sobrevida, deberon acceder ao cargo de concelleiro e alcalde que xa non correspondía ocupar a

De todo o exposto resulta que neste caso, atendidas as circunstancias concorrentes e os bens xurídicos en xogo, non cabe apreciar a existencia dunha situación merecedora de tutela que deba antepoñerse ao exercicio da potestade revisora.

Sétima.

Procede, pois, emitir un parecer favorable á revisión de oficio dos decretos de aprobación de nóminas na parte referida a se ben coa precisión de que o período temporal afectado pola causa de



nulidade do artigo 47.1.f) da LPAC ha de ser o comprendido entre o día seguinte á notificación a aquel da sentenza do Xulgado do Penal número 3 da Coruña, do 4.4.2017, e o 24.8.2018 (data de toma de coñecemento polo Pleno da súa renuncia).

CONCLUSIÓN

Por todo o anteriormente exposto, a Sección de Ditames do Consello Consultivo de Galicia, por unanimidade dos seus membros, ditamina:

“Que informa favorablemente a proposta de resolución á que o presente expediente se refire, nos termos indicados no corpo deste ditame”.

O presidente



A secretaria do Pleno e das Seccións

José Luis Costa Pillado

Vanessa Brea Lago