



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 0 2 / 2 0 1 2

(Pleno)

La Laguna, a 20 de diciembre de 2012.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Gáldar en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de los Decretos de 9 de diciembre de 2009 y 25 de agosto de 2010 del Alcalde por los que respectivamente se acordó abonar a S.P.S. la cantidad de 26.000 euros y a F.G.S. la suma de 36.000 euros en cumplimiento de lo establecido en los artículos 44 y 46.1 del Pacto-Convenio de los Funcionarios (EXP. 567/2012 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Gáldar, recae sobre la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio con la que se pretende la declaración de nulidad de los Decretos de la Alcaldía de 9 de noviembre de 2009 y 25 de agosto de 2010 por los que se acordó abonar a dos funcionarios determinadas cantidades en aplicación de los arts. 44 y 46.1 del Pacto-Convenio de funcionarios de la citada Corporación Local.

La legitimación del Sr. Alcalde para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los artículos 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo en relación el primer precepto con el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Además, de conformidad con lo previsto en este precepto, es preciso que tal dictamen sea favorable a la declaración pretendida, de forma que si es desfavorable la Administración no podrá declarar la nulidad.

* **PONENTE:** Sr. Millán Hernández.

2. La revisión instada se fundamenta en las causas previstas en los apartados b) y f) del artículo 62.1 LRJAP-PAC, al considerar la Administración actuante que se trata de dos actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, por los que se han adquirido derechos careciendo los interesados de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produjera.

II

1. Son antecedentes de interés en la presente revisión de oficio los siguientes:

- El Pleno del Ayuntamiento de Gáldar en sesión celebrada el 27 de abril de 2006 aprobó la modificación del Pacto-Convenio de los funcionarios, que afectaba básicamente a las horas extraordinarias y pluses de la policía, así como al plus dominical, plan de pensiones, póliza de vida, subsidio por minusvalía, premio a la permanencia, vacaciones anuales, permisos, licencias y prestaciones sociales.

En concreto y por lo que ahora interesa, el artículo 44 del citado Pacto establecía un premio a la permanencia en la Corporación cuya cuantía variaba en función de la antigüedad del funcionario y el artículo 46.1 establecía una prestación social complementaria para aquellos funcionarios que obtuviesen declaración de incapacidad permanente, también de cantidad variable en función del grado de incapacidad.

- En aplicación de los citados preceptos del Pacto-Convenio se acordó abonar por Decreto de la Alcaldía de 9 de diciembre de 2009 a S.P.S. el importe de 26.000 euros (6.000 euros en concepto de premio de permanencia y 20.000 euros como prestación complementaria por incapacidad permanente total).

A su vez, mediante Decreto del mismo órgano de fecha 25 de agosto de 2010 se acordó conceder por los citados conceptos a F.G.S. la cantidad total de 36.000 euros (6.000 euros en concepto de premio de permanencia y 30.000 euros como prestación complementaria por incapacidad permanente absoluta).

- Ante la falta de abono de las gratificaciones concedidas, ambos interesados solicitan, con fecha de 29 de enero y de 25 de octubre de 2010, respectivamente, que se ordene el inmediato pago de las citadas cantidades, lo que no se lleva a efecto. Por lo que interponen seguidamente recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta producida.

- Con fecha de 18 de noviembre de 2010 se dicta Auto por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria por el que se dispone,

en aplicación de lo previsto en el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) aprobar el acuerdo alcanzado entre la Administración y el primero de los interesados citado, teniendo por terminado el procedimiento.

Por lo que se refiere al segundo de los recursos, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria dicta Sentencia con fecha de 17 de enero de 2011 en la que se estima el recurso interpuesto, anulando y dejando sin efecto el acto recurrido, por allanamiento de la Administración demandada a la que condena a la ejecución del Decreto de la Alcaldía de 25 de agosto de 2010.

- Con fecha de 11 de octubre de 2012, el Pleno de la Corporación adopta Acuerdo por el que declara la nulidad del Acuerdo del mismo órgano de 27 de abril de 2006, de aprobación de la modificación del Pacto-Convenio de los funcionarios.

2. Con estos antecedentes y previo informe jurídico al respecto, mediante Decreto de la Alcaldía de 5 de noviembre de 2012, se inicia el presente procedimiento de revisión de oficio de los citados Decretos del mismo órgano de fecha 9 de diciembre de 2009 y 25 de agosto de 2010.

En el expediente tramitado se ha otorgado el preceptivo trámite de audiencia a los interesados, que han presentado alegaciones en el plazo concedido en las que se oponen a la revisión.

Se ha emitido seguidamente un informe jurídico y se ha elaborado la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente.

3. El procedimiento tramitado suscita las dos siguientes observaciones:

- En cuanto al órgano competente para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio, ha sostenido en diversas ocasiones este Consejo que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), de carácter básico, no determina expresamente el órgano al que corresponde resolver la revisión de oficio de los actos declarativos de derechos de la Administración municipal. Sin embargo, atendiendo a que el art. 110 LRBRL atribuye al Pleno del Ayuntamiento la declaración de nulidad de pleno Derecho de los actos de gestión tributaria y a que los arts. 103.5 LRJAP-PAC y 22.2.k) LRBRL atribuyen a ese órgano la declaración de lesividad de los actos de la Administración incursos en vicio de anulabilidad, la jurisprudencia ha considerado que la competencia para revisar de oficio los actos incursos en vicio de nulidad también corresponde al Pleno.

No obstante, es preciso tener en cuenta que, conforme con el art. 22.4 LRBRL, el ejercicio de la competencia del art. 22.2.k) LRBRL puede ser delegada por el Pleno en el Alcalde y en la Junta de Gobierno Local. En este sentido, ha señalado este Consejo, entre otros en su Dictamen 760/2009, que si la atribución al Pleno de la declaración de nulidad de los actos del Ayuntamiento descansa en la interpretación analógica o extensiva de la competencia atribuida por el art. 22.2.k) LRBRL y concordante art. 103.5 LRJAP-PAC y ésta es delegable, entonces también lo es la competencia que se entiende implícita en ella para decidir la revisión de oficio de los actos del Ayuntamiento.

En atención a todo ello procede señalar que en el presente caso el Acuerdo de inicio del procedimiento y su resolución corresponde al Pleno, salvo que se hubiera delegado en el Alcalde, cuestión ésta de la que no existe constancia en el expediente.

- Una segunda cuestión que suscita el expediente se refiere a la emisión de un informe jurídico posterior al trámite de audiencia, que posteriormente se eleva a propuesta de resolución.

Es preciso señalar a este respecto que, de conformidad con lo previsto en el artículo 84.1 LRJAP-PAC, el trámite de audiencia ha de concederse una vez instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactarse la Propuesta de Resolución, sin que quepan por consiguiente actuaciones posteriores. Este proceder, sin embargo, no ha causado indefensión a los interesados, toda vez que el citado informe no contiene hechos o argumentos nuevos que sean desconocidos por aquéllos, ya que su contenido reitera el anterior informe emitido a efectos del inicio del procedimiento. No procede, en consecuencia, el otorgamiento de nuevo trámite de audiencia, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del citado artículo 84 LRJAP-PAC.

III

La problemática que plantea el presente expediente es la de la viabilidad del ejercicio por parte de la Administración de sus potestades revisoras, cuestión cuya determinación exige tener en cuenta diversas circunstancias que surgen del expediente.

Alega la Administración que el hecho de que existan pronunciamientos judiciales firmes que ordenan el abono de las cantidades debidas no constituye obstáculo para la declaración de nulidad de los actos de los que traen causa. Se fundamenta esta

conclusión en el hecho de que no se ha producido el efecto de cosa juzgada, ya que las causas de nulidad de los Decretos de la Alcaldía no han sido planteadas y desestimadas en un proceso jurisdiccional decidido mediante sentencia firme.

Los interesados por el contrario consideran que a la Administración le está vedada la revisión de los actos de referencia, tanto por aplicación de lo dispuesto en el artículo 102.4 LRJAP-PAC como por la circunstancia de que el abono de las cantidades debidas ha sido establecido por pronunciamientos judiciales firmes.

Respecto al principio de "cosa juzgada", como duración en el tiempo de la eficacia procesal de una sentencia, hay que convenir con la Administración que efectivamente no ha sido objeto del proceso la nulidad de los Decretos de la Alcaldía mediante sentencia firme, dado que esta cuestión no se ha planteado en vía jurisdiccional.

Para que la excepción de cosa juzgada material y no formal (que se refiere a la imposibilidad de recurrir o impugnar una resolución judicial cuando han transcurrido los plazos establecidos legalmente) surta efecto en otro juicio es necesario, según criterio uniforme y reiterado, que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que la misma sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre la cosa - "eadem res"- la causa -"eadem causa petendi"- las personas de los litigantes y la calidad -"eadem personae"- con que lo fueron. De dicho precepto resulta la concurrencia de esa triple identidad exigida, jurisprudencial y doctrinalmente, para apreciar la concurrencia de cosa juzgada: identidad de *petitum* (cosas o pretensiones), identidad de *causa petendi* (causa) e identidad de personas. Como resalta la jurisprudencia del TS, para que la cosa juzgada pueda operar en un proceso posterior, es necesario que el objeto del mismo sea idéntico al objeto del proceso en que la sentencia que la produce fue dictada y, como el objeto de todo proceso es la pretensión, será necesario que las dos pretensiones sean idénticas (en este sentido SSTs de 11 de mayo de 1990, 5 de mayo de 1990, 28 de marzo de 1993 y 13 de mayo de 1994, entre otras). Por otro lado, la cosa juzgada se refiere al fallo de la sentencia y tiene lugar cuando la resolución judicial se pronuncia y decide sobre la pretensión. Y sólo es referible a las sentencias que resuelvan la cuestión de fondo y en los supuestos establecidos legalmente.

Se colige de ello que, de poder apreciarse la cosa juzgada -"exceptio rei iudicatae"- por concurrir los requisitos que la componen, a los que acabamos de aludir, nos encontraríamos ante la imposibilidad de iniciar y resolver un

procedimiento de revisión de oficio dirigido a declarar la nulidad de los actos sobre los que existen pronunciamientos judiciales firmes. En este sentido, ha sostenido el Tribunal Supremo, de forma reiterada que no resulta jurídicamente viable instar una revisión por causas de nulidad de pleno Derecho cuando tales causas ya han sido planteadas y desestimadas en un proceso jurisdiccional decidido por sentencia firme (SSTS 21 de julio de 2003, de 24 de marzo de 2010 y 12 de julio de 2012, entre otras), subrayando a este respecto que el mantenimiento de lo resuelto en una sentencia judicial que haya adquirido firmeza, además de constituir el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), es una exigencia del principio de seguridad jurídica también constitucionalmente proclamado (art. 9.3 CE).

En el presente caso no existe sentencia judicial alguna que se haya pronunciado sobre la nulidad de los Decretos de la Alcaldía por los que se acordó abonar a los interesados las referidas cantidades, pues no fue éste el objeto de los procesos judiciales instados. Ni cabe apreciar cosa juzgada.

Así, la sentencia de instancia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria, 17 de marzo de 2011, dictada de conformidad con las pretensiones de las partes, por allanamiento de la representación procesal de la Administración demandada, dispone en su encabezamiento que cuenta con el acuerdo adoptado por el órgano competente en uso de las facultades que le concede la ley (Antecedente Segundo). Acuerdo que, sin embargo, no obra en el expediente de revisión de oficio remitido a este Consejo.

El allanamiento presupone un acto administrativo previo que concluye con la decisión del órgano competente y que precisa, para tener virtualidad, la autorización (en este caso) del Pleno o su ratificación posterior por parte de éste, ya que el art. 21.1 LRBRL sólo confiere al Alcalde la potestad para ejercitar acciones judiciales y administrativas en caso de urgencia, no estando permitido -por tanto- al Presidente de la Corporación Local poder ejercerlo, por cuanto el art. 22 de la citada ley atribuye al Pleno el ejercicio de las acciones administrativas y judiciales.

Por otro lado, el art. 75.2 LJCA exige para aceptar el allanamiento que el mismo no suponga -"infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico", que acontece cuando -se acuse y se haga patente con tal claridad y evidencia que haga innecesarias las reglas interpretativas o las deducciones basadas en razonamientos complejos". Es decir, que la infracción del Ordenamiento jurídico sea clara y evidente (SSTS de 9 de septiembre de 2010 y de 14 de octubre de 1996).

Lo mismo cabe señalar respecto al acuerdo obtenido en vía judicial al amparo del art. 77.3 LJCA.

Ahora bien, ello no lleva, sin más, a afirmar, en el presente caso la viabilidad jurídica, de la revisión de oficio y ello por las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante dos actos administrativos que han ganado firmeza con anterioridad a la declaración de nulidad del Pacto-Convenio de los funcionarios. No obsta a esta conclusión el hecho de que los interesados no hayan percibido las cantidades finalmente reconocidas por la Administración y que en la actualidad se encuentren en trámite de ejecución forzosa, pues ello en nada afecta a la firmeza del acto, que fue obtenida desde el momento en que transcurrieron los plazos para el planteamiento de los pertinentes recursos, con independencia de su posterior ejecución.

Sobre esta cuestión invocan los interesados lo previsto en el apartado 4 del artículo 102 LRJAP-PAC, que en su último inciso establece que, tratándose de la nulidad de una disposición, subsistirán los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

Así, es doctrina reiterada del TS que la declaración de nulidad de una disposición general, con posterioridad a la fecha en las que se dictaron unas liquidaciones puede no comportar la nulidad de las mismas según establece el art. 102.4, *in fine*, de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, en la redacción de la Ley 4/1999, de 13 de enero. Aunque como señala la STS de 23 de septiembre de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), "la nulidad de pleno derecho de las disposiciones de carácter general tiene eficacia *ex tunc*, si bien no conlleva la pérdida de efecto de los actos firmes dictados a su amparo, pues razones de seguridad jurídica exigen su persistencia y, por consiguiente, la declaración de nulidad radical de una disposición de carácter general no acarrea automáticamente la desaparición de dichos actos. Y que "la revisión tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional requiere examinar si el acto, dictado al amparo de una norma declarada nula de pleno derecho, tiene cobertura en otra norma del ordenamiento jurídico, en cuyo caso tendrá plena validez". Y finalmente que "aun cuando el acto firme privado de la norma a cuyo amparo se dictó, careciese de cobertura en el ordenamiento jurídico, no procede declararlo nulo de pleno derecho cuando por la prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias tal declaración resulte contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes (art. 106 de

LRJAP-PAC). En consecuencia, el art. 102.4 permite que puedan subsistir en determinados casos los actos firmes dictados a su amparo en función de determinados criterios y circunstancias. Y el art. 106 LRJAP-PAC establece límites al ejercicio de la potestad de revisión.

En el presente supuesto la nulidad que se pretende se fundamenta en la previa nulidad del Acuerdo plenario del Ayuntamiento de Gáldar que aprobó la modificación del Pacto- Convenio de los funcionarios, pero no puede desconocerse que el citado Pacto reviste naturaleza de disposición general, como ya se apuntó en el Dictamen de este Consejo 82/1998 (FJ II), en tanto que ordenador de una determinada materia y que requiere su publicación, por lo que efectivamente le resulta de aplicación lo previsto en el artículo 102.4 LRJAP-PAC.

Más aún atendiendo al art. 118 de la CE que proclama la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, que es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de derecho y que forma parte del contenido del art. 24.1 CE.

Y dado que las dos resoluciones judiciales firmes, ante el allanamiento de la Administración (sentencia) y por acuerdo (auto) sin que apreciaran infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico y aunque no produzcan efecto de cosa juzgada material, tal como se expresó anteriormente, sin embargo, este Consejo Consultivo considera que en la situación de tensión entre los principios de legalidad y seguridad jurídica debe prevalecer el principio de seguridad jurídica y el deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales que la Constitución reconoce y garantiza, lo que impide, en este caso, la revisión de oficio.

C O N C L U S I Ó N

No procede la declaración de nulidad de pleno derecho de los Decretos del Alcalde del Ayuntamiento de Gáldar, Las Palmas, de 9 de diciembre de 2009 y 25 de agosto de 2010, por los que respectivamente se acordó abonar a S.P.S. la cantidad de 26.000 euros y a F.G.S. la suma de 36.000 euros, por las razones contenidas en la fundamentación del presente dictamen.