

La operatividad inmediata de la causa de inelegibilidad prevista en el artículo 6.2 b) de la LOREG (comentario del Dictamen núm. 160 del Consello Consultivo de Galicia)

ANDREA GARRIDO JUNCAL

*Profesora de Derecho Administrativo.
Universidad de Santiago de Compostela*

1. Introducción
2. Actos que se pretenden declarar nulos mediante el procedimiento de revisión de oficio y contexto en el que se dictaron
3. El régimen de incompatibilidades que se aplica a los miembros de las corporaciones locales se contiene en la legislación electoral
4. La efectividad de la causa de inelegibilidad recogida en el artículo 6.2 b) de la LOREG sin la necesidad de que la sentencia que imponga la condena sea firme
5. El derecho de acceso a cargos públicos como derecho de configuración legal
6. La falta de capacidad jurídica para ser elegible, el instituto jurídico de la inelegibilidad y la transformación de los supuestos de inelegibilidad en causas de incompatibilidad
7. ¿El procedimiento de revisión de oficio se podría ver impedido por los límites previstos en el artículo 110 de la Ley 39/2015?
8. Conclusiones

1 Introducción

Uno de los problemas que más inquieta a la población española es la corrupción. Teniendo en cuenta que en los últimos años los medios de comunicación nos han informado de diversas prácticas irregulares por parte de cargos

políticos y empleados públicos, no es de extrañar que este tema preocupe a la sociedad ni que la desafección política haya crecido significativamente.

Si centramos nuestra atención en el plano nacional, todos recordaremos el reciente debate abierto con ocasión de la condena a un diputado por golpear a un policía. ¿El condenado debe perder su escaño, o la inhabilitación afecta solo a su derecho a presentarse a unas futuras elecciones? La contestación a esta y otras preguntas derivó en fuertes discrepancias jurídicas entre el Tribunal Supremo y el Congreso de los Diputados, las cuales terminaron con la pérdida de la condición de diputado.

Después de este enfrentamiento público entre el poder legislativo y el poder judicial, a través de la prensa supimos que un diputado del Parlamento de Cataluña había sido también condenado e inhabilitado. Al igual que en el caso anterior, la parte afectada no parecía muy dispuesta a acatar los efectos de la inhabilitación y los argumentos que se alegaron para defender dicha postura eran, entre otros, que “era injusto que una persona que fue votada por tanta gente tuviera que dimitir cuando la sentencia no era firme”, que “se trataba de una persecución política a través del brazo judicial”, o que “era inaceptable que un órgano administrativo (la Junta Electoral Central) decidiera quién sí y quién no puede ser diputado”¹.

El 3 de febrero de 2022 la presidenta del Parlamento de Cataluña convocó incluso a la Junta de Portavoces con el objeto de dar luz verde al dictamen aprobado por ERC, JxCat y la CUP en la Comisión del Estatuto del Diputado, un documento en el que defendían mantener el escaño al diputado condenado, aunque no se concretaba si este conservaría el sueldo y el derecho a votar en los plenos. Según las noticias publicadas, los firmantes del dictamen se comprometieron además a no poner en riesgo a los empleados de la Cámara autonómica, lo que suponía reconocer al final que no podían oponerse a la retirada efectiva del acta cuando fuera ejecutada por los funcionarios.

Llegados a este punto, conviene advertir que este tipo de disquisiciones legales se le plantearon, en cierta medida y salvando las lógicas distancias, al Consello Consultivo de Galicia y, seis años antes, al Consejo Consultivo de Aragón². El propósito de las siguientes líneas será comentar el Dictamen núm. 160, de 29 de septiembre de 2021, emitido por el supremo órgano consultivo de la Xunta de Galicia y de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Galicia.

¹ “El diputado de la CUP Pau Juvillà, condenado a seis meses de inhabilitación por desobediencia” (disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20211214/pau-juvilla-cup-condenado-inhabilitacion-desobediencia/2238794.shtml>).

² Dictamen 19/2015.

Para ello, expondremos, en primer lugar, los actos que se pretenden declarar nulos acudiendo al procedimiento de revisión de oficio, así como el contexto en el que estos fueron dictados. Desde un principio nos gustaría dejar claro que el cometido del presente estudio no será, en ningún caso, recordar que el ejercicio de la potestad revisora constituye una fórmula especial, extraordinaria o excepcional a la que es posible acudir, en cuanto tiene por fin privar de toda eficacia a los actos administrativos. El tema central y, por ende, merecedor de reflexión será el régimen de incompatibilidades que se aplica a los miembros de las corporaciones locales y, en particular, la interpretación de la causa de inelegibilidad prevista en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG), que, de acuerdo con el artículo 6.4 del mismo texto legal, funciona como causa de incompatibilidad.

Con el ánimo de aproximarnos a los debates y controversias que plantea el cumplimiento de este precepto y, sobre todo, entender el pronunciamiento del Consello Consultivo de Galicia antes referenciado, es necesario precisar ya de antemano que el régimen de incompatibilidades que se aplica a los miembros de las corporaciones locales se recoge en la legislación electoral y que a esta normativa están sometidos también los diputados, los senadores, los diputados provinciales o los eurodiputados, por ejemplo. Por esta razón, a la hora de fundamentar sus posicionamientos, el Consello Consultivo trae a colación numerosas sentencias en las que, si bien los condenados no son concejales ni alcaldes, su referencia está totalmente justificada y es oportuna para resolver el asunto que le concierne. De igual modo, es de justicia reconocer el trabajo realizado por el Consello Consultivo de Galicia, pues el mismo arroja luz sobre la interpretación de una norma cuyo alcance trasciende del ámbito local.

2

Actos que se pretenden declarar nulos mediante el procedimiento de revisión de oficio y contexto en el que se dictaron

La sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de A Coruña, de 4 de abril de 2017, condena al alcalde de un municipio de la Comunidad Autónoma de Galicia como autor de un delito de prevaricación administrativa continuado. Este delito está tipificado en el artículo 404 del Código Penal; precepto situado dentro de su Título XIX, relativo a los delitos contra la Administración pública. La pena impuesta es de 4 años de inhabilitación para empleo o cargo público (alcalde, teniente, concejal o de naturaleza electiva o participación

en gobierno municipal e incapacidad para obtenerlos durante el tiempo de condena).

El art. 6.2 b) de la LOREG declara que son inelegibles “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”. Por otra parte, el artículo 10 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante, ROF) dispone: “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. 2. Producida una causa de incompatibilidad y declarada la misma por el Pleno corporativo, el afectado por tal declaración deberá optar, en el plazo de los diez días siguientes a aquél en que reciba la notificación de su incompatibilidad, entre la renuncia a la condición de concejal o Diputado o el abandono de la situación que de origen a la referida incompatibilidad. 3. Transcurrido el plazo señalado en el número anterior sin haberse ejercitado la opción se entenderá que el afectado ha renunciado a su puesto de concejal o Diputado, debiendo declararse por el Pleno corporativo la vacante correspondiente y poner el hecho en conocimiento de la Administración electoral a los efectos previstos en los artículos 182 y 208 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General”.

El 10 y el 18 de mayo de 2017 el portavoz de un grupo municipal del Ayuntamiento informó por escrito de la existencia de la sentencia condenatoria a la secretaria del Ayuntamiento, quien formalmente advirtió a la alcaldía y la interventora de que, atendiendo a los dos preceptos transcritos con anterioridad, la actuación del Pleno debía limitarse a solicitar la expedición de una nueva credencial al siguiente de la lista a la Junta Electoral Central. En consonancia con el criterio de la secretaria del Ayuntamiento, la interventora manifestó por escrito la relevancia del asunto; si el alcalde incurría en causa de incompatibilidad, los actos que dictara en ejercicio de su cargo podrían estar incurso en causa de nulidad conforme al artículo 47.1 f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), que indica que son nulos de pleno derecho “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”. En este sentido, se apunta que

pueden resultar esclarecedoras dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (núm. 405/2015, de 2 de julio, y núm. 429/2015, de 8 de julio), así como el Dictamen 19/2015 del Consejo Consultivo de Aragón, que se emitió en el marco de la revisión de oficio de actos adoptados por un alcalde condenado como responsable en concepto de autor de un delito de prevaricación administrativa.

Apoyándose en que la sentencia no era firme por haberse interpuesto contra la misma un recurso de apelación, el alcalde rechazó en varias ocasiones la solicitud de convocar un Pleno Extraordinario en el que se pediría la expedición de una nueva credencial a la Junta Electoral Central. Contra estos decretos, cinco concejales del Ayuntamiento formularon recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales, y ambos recursos fueron finalmente desestimados.

El 18 de junio de 2018 se dictó por la Audiencia Provincial de A Coruña la sentencia desestimatoria del recurso de apelación formulado por el alcalde contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de A Coruña, de 4 de abril de 2017. El 24 de agosto de 2018 el alcalde presentó su renuncia y el 27 de marzo de 2019 dos concejales presentaron ante el Ayuntamiento una solicitud de revisión de oficio de los actos relativos al pago de las retribuciones del alcalde entre el 4 de abril de 2017 y el 24 de agosto de 2018. En concreto, los solicitantes estimaban que se trataba de actos nulos de pleno derecho al amparo del artículo 47.1 f) de la LPACAP. Contra la desestimación por silencio de la solicitud de la revisión de oficio se formuló recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de A Coruña de 7 de diciembre de 2020, en la que se condenó al Ayuntamiento a tramitar el correspondiente procedimiento de revisión de oficio.

Los actos administrativos cuya revisión se pretende son los que determinaron el pago de retribuciones al alcalde en el período comprendido entre el 4.4.2017 y el 24.8.2018, debiendo entenderse por tales los actos administrativos en los que se acordaron las distintas fases de ejecución (autorización del gasto, disposición o compromiso del gasto, reconocimiento y liquidación del deber y ordenación del pago) y que vienen constituidos por los decretos de la Alcaldía de aprobación de las nóminas correspondientes a los meses comprendidos entre abril de 2017 y agosto de 2018 (ambos meses incluidos); actos que ponen fin a la vía administrativa y, en consecuencia, son susceptibles de revisión de oficio.

La declaración de nulidad de los referidos decretos solicitada es solo parcial, en la parte referida al alcalde, siendo la causa de nulidad invocada la prevista en el artículo 47.1. f) de la LPACAP, con fundamento en que se

trata de actos expresos contrarios al ordenamiento jurídico por los que aquel adquirió derechos económicos como alcalde después de haber perdido dicha condición, pues, desde que se dictó la sentencia del 4.4.2017, aquel incurrió en la causa de incompatibilidad del artículo 6.2 b) de la LOREG.

3

El régimen de incompatibilidades que se aplica a los miembros de las corporaciones locales se contiene en la legislación electoral

El artículo 73.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local dispone: “La determinación del número de miembros de las Corporaciones locales, el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad se regularán en la legislación electoral”. En idénticos términos, el artículo 6.1 del ROF declara: “La determinación del número de miembros de las Corporaciones locales, el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad son los regulados en la legislación electoral”. La remisión a la legislación electoral en materia de incompatibilidades se recalca de nuevo en el artículo 9 del ROF, al señalar que “el Concejal, Diputado o miembro de cualquier entidad local perderá su condición por incompatibilidad, en los supuestos y condiciones establecidos en la legislación electoral”. La Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia reproduce la misma idea en sus artículos 221.1³ y 223⁴.

Acudiendo a la legislación electoral, dos apartados del artículo 6 de la LOREG deben ser objeto de comentario. Conforme al artículo 6.2 b) de la LOREG, “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”. Y, según el artículo 6.4 de la LOREG, “las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad. Las causas de

³ Este precepto indica: “La determinación del número de miembros de las Corporaciones Locales, el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad se regularán por lo dispuesto en la legislación electoral”.

⁴ Este precepto declara: “Quien ostente la condición de miembro de una Corporación Local perderá su condición de tal por incompatibilidad, en los supuestos y condiciones establecidos en la legislación electoral”.

incompatibilidad se regirán por lo dispuesto para cada tipo de proceso electoral”. El Título III de la LOREG recoge unas disposiciones especiales para las elecciones municipales, de las que subrayaremos el artículo 177.2 (“son inelegibles para el cargo de alcalde o Concejal quienes incurran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 6 de esta Ley”) y el artículo 178.1 (“las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior, lo son también de incompatibilidad con la condición de Concejal”).

Es evidente que el alcalde adquiere el derecho a la percepción de determinadas cantidades económicas como consecuencia de las responsabilidades y tareas que asume. Ahora bien, un requisito para la adquisición de este derecho es tener la condición de alcalde; requisito que cabe calificar de esencial en la medida en la que las cantidades, procedentes de los presupuestos municipales e incluidas en los referidos decretos a su favor, están directa e indisolublemente unidas a aquella condición⁵.

Sobre esta base, procede analizar a continuación si, a consecuencia de la condena por la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de A Coruña, de 4 de abril de 2017, y aunque esta sentencia no fuera firme por haberse interpuesto recurso de apelación, el alcalde perdió la condición de alcalde y, por lo tanto, el requisito esencial para disfrutar del derecho a la percepción de las cantidades contenidas a su favor en los decretos de aprobación de nóminas indicados.

4

La efectividad de la causa de inelegibilidad recogida en el artículo 6.2 b) de la LOREG sin la necesidad de que la sentencia que imponga la condena sea firme

Como determina el Consello Consultivo de Galicia con amplia cita de jurisprudencia, la redacción del artículo 6.2 b) de la LOREG es implacable en este sentido. A mayor abundamiento, se destaca que la operatividad inmediata de esta causa es fundamental, ya que está “dirigida 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, por la ejemplaridad social exigible a quien ejerce función pública, máxime si es representante de los ciudadanos” (STC 151/1999, de 14 de septiembre, FJ 3). La Ley Orgánica 3/2011 modificó la LOREG incluyendo entre los supuestos de inelegibilidad la condena por sentencia judicial, aunque no sea firme, a penas de inhabilitación absoluta o especial o suspensión de empleo o cargo público

⁵ *Vid.* Consideración 5 del Dictamen núm. 160 del Consello Consultivo de Galicia.

por delitos contra la Administración pública, pensando “en la necesidad de que todos los gestores públicos gocen de la confianza y el respeto de los ciudadanos” (STC 151/1999, de 14 de septiembre, FJ 3).

Un examen de la normativa electoral general permite concluir que es esa sentencia condenatoria penal el hecho determinante del efecto, *ex lege*, de la pérdida de la condición de concejal. Por consiguiente, la pérdida de la condición de concejal se produce como consecuencia de la sentencia condenatoria penal, no de la actuación de la Junta Electoral, cuya actuación constituye simplemente la ejecución del efecto establecido por la LOREG (STS 491/2021, de 9 de abril). Ello explicaría también que la decisión de la Administración electoral se pudiera tomar sin dar audiencia previa al interesado, por tratarse de un efecto automático del artículo 6.2 b) de la LOREG, pues “no es el acuerdo impugnado el que priva al recurrente de su credencial de diputado sino una sentencia penal condenatoria a la que dos preceptos de la LOREG, cuya constitucionalidad no cuestionamos en este momento atribuyen a la misma” (ATS, Sala Tercera, de 23 de enero de 2020, RJ 3). Por otra parte, no está de más recordar que “la Administración electoral es uno de los ejes sobre los que se articula el sistema electoral (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2) y tiene la finalidad de garantizar un régimen de elecciones libres, consustancial a nuestro Estado social y democrático de Derecho, en el que los poderes emanan del pueblo español en quien reside la soberanía nacional (arts. 1.1 y 1.2 CE)”.

En otro orden de consideraciones, es importante anotar que en estos casos la invocación de los derechos reconocidos en los apartados 1 y 2 del artículo 23 de la CE, en relación con el artículo 25 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, no ha surtido efecto alguno. Al respecto, se ha insistido en lo siguiente: “El artículo 6.2 b) LOREG, aplicado en este caso, parte del supuesto de que una resolución jurisdiccional condenatoria, aunque no sea firme, altera la relación representativa y la extingue por ministerio de la Ley, lo que enerva la invocación de los derechos (arts. 23.1 y 23.2 CE) citados. Es obvio decir que desde su entrada en vigor la LOREG se aplica con pleno respeto al principio de igualdad del art. 14 CE, como exige el art. 8.1 de la misma. Debemos reiterar lo que ya dijimos en el Auto dictado en esta pieza el 10 de enero de 2020: los preceptos de la LOREG en cuestión se encuentran dentro del margen de maniobra que el Protocolo 1 del CEDH concede a los Estados (por todas, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de marzo de 2006, en el caso Zdanoka c. Letonia)” (Auto, de 23 enero 2020, del TS, RJ 2).

En definitiva, el cumplimiento del artículo 6.2 b) de la LOREG se ha pretendido burlar alegando que este precepto vulnera la presunción de inocencia, el derecho a la participación política y el derecho de acceso a cargos públicos

en condiciones de igualdad. Tal y como ha puesto de manifiesto el Consello Consultivo de Galicia, haciendo acopio de una abundante jurisprudencia, la infracción de estos derechos no es real y la LOREG, con la introducción de esta causa de inelegibilidad, busca ante todo proteger un interés general superior, como es la confianza en las instituciones públicas. Con la intención de demostrar que ello no es fruto de una mentalidad autoritaria empeñada en disminuir a ultranza las posibilidades de defensa de los recurrentes en casos como el que nos ocupa, conviene recordar que el derecho de acceso a cargos públicos es un derecho de configuración legal y lo que esto implica en la práctica, cuestión sobre la que nos centraremos en el siguiente epígrafe.

5

El derecho de acceso a cargos públicos como derecho de configuración legal

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el artículo 23.2 de la CE reconoce el derecho a acceder a los cargos y funciones públicas, pero implica también, necesariamente, el de mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con lo previsto en la ley en términos tales que ni se vacíe de contenido la función que ha de desempeñarse, ni se la estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales (STC 163/1991, de 18 de julio –RTC 1991, 163–, FJ 3, y STC 32/1985, de 6 de marzo –RTC 1985, 32–, FJ 3).

En el FJ 6 de la STC 45/1983, de 25 de mayo, se expuso: “El art. 23.2 de la CE consagra el derecho del ciudadano a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes. La elegibilidad es a tenor del art. 70.1 de la CE un derecho ciudadano configurado por las leyes y delimitado negativamente por la ausencia de causas de inelegibilidad, que se inserta en el marco del art. 23.2, de modo que, desde este parámetro, no podrá negarse a quien, estando en el pleno uso de sus derechos políticos, no esté incurso en causas de inelegibilidad, definidas en la CE y por remisión, en la Ley Electoral, interpretadas dentro del marco constitucional”.

En línea con lo anterior, se ha entendido que la tutela cautelar solicitada por los condenados por sentencia no firme debe denegarse, pues su admisión implicaría una grave perturbación del interés general, que se identificaría con la inaplicación *de facto* de la LOREG. A estos efectos, se ha argumentado: “no es dable a la apelante la suspensión cautelar de la efectividad de una Ley reguladora de un derecho fundamental, configurado en su contenido precisamente por la misma, o la excepción singular a la aplicabilidad de la misma a su caso concreto, sin incurrir en vulneración, precisamente, de los artículos

9, 14, 103 y 106, todos ellos de la Constitución, ni a nosotros, como antes el Juez de instancia, concederlo sin incurrir en vulneración del artículo 117 del Texto Fundamental, cuando impone como fundamento principal de un estado democrático de derecho, como el que se configura en la Ley Fundamental de 1978, el principio de legalidad y la sujeción de todos los poderes públicos al imperio de la Ley. Tal interés público y general ha de primar en su protección, ciertamente, sobre el particular del recurrente relativo a su derecho a la permanencia en el cargo, derecho éste por otra parte que sólo lo tiene en los términos, contenido, alcance y extensión que establece su Ley reguladora” (STJ de Aragón núm. 519/2014, de 31 de octubre, FD 4).

Teniendo en cuenta lo anterior y distintas previsiones normativas, el Consello Consultivo de Galicia pone de relieve que en este campo se impone a la persona afectada el deber de adopción de una postura activa y diligente ante la concurrencia de una causa de incompatibilidad. Como principales manifestaciones del deber de observancia en todo momento de las normas sobre incompatibilidad, se mencionan los artículos 10.1 del ROF⁶, 178 de la LOREG⁷

6 Este precepto indica: “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”.

7 Este precepto señala:

“1. Las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior, lo son también de incompatibilidad con la condición de Concejal.

2. Son también incompatibles:

a) Los Abogados y Procuradores que dirijan o representen a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la Corporación, con excepción de las acciones a que se refiere el artículo 63.1 b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.

b) Los Directores de Servicios, funcionarios o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él.

c) Los Directores generales o asimilados de las Cajas de Ahorro Provinciales y Locales que actúen en el término municipal.

d) Los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes.

e) Los concejales electos en candidaturas presentadas por partidos o por federaciones o coaliciones de partidos declarados ilegales con posterioridad por sentencia judicial firme y los electos en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores declaradas vinculadas a un partido ilegalizado por resolución judicial firme.

3. Cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de Concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, dé origen a la referida incompatibilidad. Cuando la causa de incompatibilidad sea la prevista en el apartado 2.e) del presente artículo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6.4 de esta Ley.

4. Cuando la causa de incompatibilidad sea la contenida en el punto b), del apartado 2, el funcionario o empleado que optare por el cargo de Concejal pasará a la situación de servicios especiales o subsidiariamente a la prevista en sus respectivos convenios que en todo caso ha de suponer reserva de su puesto de trabajo.

5. Los ciudadanos que sean elegibles, de acuerdo con el artículo 177, apartado 1, de esta Ley, estarán sujetos a las causas de incompatibilidades a que se refiere el presente artículo”.

y 230 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia⁸. En consecuencia, el Consello Consultivo de Galicia sostiene: “Desde que la persona condenada tiene conocimiento de la sentencia condenatoria nace su deber de observar la norma que impone, como efecto extrapenal imperativo de esa condena, la concurrencia ex lege de una causa de incompatibilidad, así como su deber de poner en conocimiento de la Corporación municipal esa causa con la debida diligencia y, por lo tanto, sin demora. A partir de ese momento, pues, ha de entenderse que la causa de incompatibilidad del art. 6.2. b) de la LOREG despliega su eficacia, sin que la actitud pasiva o obstativa de la persona condenada, impidiendo, retrasando o dificultando la toma de conocimiento por la Corporación municipal o por la Xunta Electoral Central de la concurrencia de aquella causa, pueda evitar la eficacia de esta”.

En resumen, para un idóneo análisis de las controversias que suscita la eficacia inmediata de la causa de inelegibilidad descrita en el artículo 6.2 b) de la LOREG, no hay que olvidar que el derecho de sufragio pasivo se trata de un derecho de configuración legal, no incondicionado o absoluto, pudiendo el legislador establecer limitaciones o restricciones. Por lo demás, solo restaría apuntar que precisamente en el ámbito local el Tribunal Constitucional ha reconocido que el principio representativo constituye el fundamento de la autonomía local, y que este principio se ha consagrado para los municipios con una especial intensidad debido al artículo 140 de la CE. Ese plus de legitimidad democrática predicable de los municipios es otro argumento más al que recurre el Consello Consultivo de Galicia para defender su postura en esta materia.

6

La falta de capacidad jurídica para ser elegible, el instituto jurídico de la inelegibilidad y la transformación de los supuestos de inelegibilidad en causas de incompatibilidad

A las consideraciones precedentes se añade la necesidad de recordar que la falta de capacidad jurídica para ser elegible no debe confundirse con el instituto jurídico de la inelegibilidad, aunque tan solo sea por la circunstancia de

⁸ Este precepto establece: “En el ejercicio de su cargo, los miembros de las Corporaciones Locales observarán, en todo momento, las normas sobre incompatibilidades establecidas en el ordenamiento vigente y se abstendrán de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de cualquier asunto si concurren en él algunas de las causas a que se refiere la legislación sobre procedimiento administrativo y la de contratos de las Administraciones Públicas. La actuación de los miembros de las Corporaciones Locales en que concurren las mencionadas causas comportará, si fue determinante, la invalidez de los actos en que intervinieron”.

que el propio artículo 6.1 de la LOREG distingue ambas categorías cuando dispone que para ser elegible, además de poseer la cualidad de elector, no se ha de estar incurso en una de las causas de inelegibilidad que enumera a continuación el precepto.

Por ello, las causas que pueden provocar la inelegibilidad de un candidato electoral no son solo las que el artículo 6 de la LOREG dispone, pues deben sumársele aquellas otras que derivan de normas de rango legal, como el Código Penal, el Código Civil o, para el caso de las elecciones autonómicas, los estatutos de autonomía y demás leyes autonómicas, que regulan ciertos extremos de la capacidad jurídica para ser elector, como la edad, la vecindad administrativa o autonómica o la capacidad de obrar jurídica, o las causas de su pérdida, suspensión o privación (en especial, las penas de suspensión del derecho de sufragio o la de suspensión de cargo público –SSTC 80/1987, 158/1991, 7/1992 y 166/1993–), que condicionan la posibilidad de ser titular del derecho a ser elegible, encuadrable en el artículo 23.2 de la CE, y que, en la medida en que no se trata de causas de inelegibilidad en sentido técnico y estricto, no se ven afectadas por la reserva material de ley establecida por el artículo 70.1 de la CE.

Las SSTC 7/1992, 144/1999 y 55/2014 han señalado las diferencias entre la incompatibilidad por inelegibilidad derivada de una resolución judicial y las incompatibilidades parlamentarias. Como señala esta última resolución, el derecho de sufragio pasivo guarda íntima conexión con la inelegibilidad y esta con el derecho electoral, a diferencia de las incompatibilidades ordinarias que corresponden al derecho parlamentario. Por eso, resultan competentes las juntas electorales, porque se trata de una causa de inelegibilidad sobrevenida que priva del derecho de sufragio pasivo “ope legis” al cargo electo. Esta naturaleza de incapacidad electoral absoluta es lo que justifica la intervención de las juntas electorales, a diferencia de lo que sucede en las incompatibilidades parlamentarias, en las que es la Cámara legislativa correspondiente la que debe declararlas.

En nuestra opinión, el hecho de que los ordenamientos autonómicos se hayan adentrado en la determinación de la capacidad jurídica para ser elector y en la identificación de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad es un factor que quizás haya favorecido que se difunda esa incorrecta impresión de que LOREG no es de aplicación directa en las comunidades autónomas. Sin embargo, esa idea ya se ha refutado exponiendo: “Justamente es esa previsión de la LOREG la que hace entrar en juego el efecto extrapenal de la sentencia condenatoria. No hay necesidad de la intervención del Parlamento autonómico ni de que su Reglamento de funcionamiento prevea o no tal causa de pérdida de la condición de diputado. Ciertamente el Texto Refundido

del Reglamento del Parlamento de Cataluña, publicado en el Boletín Oficial del Parlamento el 27 de febrero de 2018 no incluye, en su art. 24, la causa aquí examinada como causa de la pérdida de condición de parlamentario más, debemos insistir, tal previsión resulta innecesaria dado lo establecido en la LOREG. No estamos frente a una hipotética aplicación supletoria de las normas de funcionamiento de las Cortes Generales inviable en nuestro sistema constitucional (STC 179/1989, de 2 de noviembre) sino frente a unas normas que resultan de aplicación directa en las Comunidades Autónomas a tenor de lo prevenido por la disposición adicional primera, apartado segundo, de la LOREG. Caso de reproducir la normativa estatal, como hace la ley electoral vasca, comparte la cámara autonómica tal competencia con la Administración electoral que la ostenta en razón de lo establecido en el art. 19.1 de la LOREG” (STS de 28 de abril de 2022, RJ 7).

En cuanto a las concretas causas de incompatibilidad, interesa destacar que, en nuestro ordenamiento jurídico, todas las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad, pero no a la inversa. Como puntualiza el Tribunal Supremo, “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, incurren 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. Así sucede con los supuestos previstos en el art. 6 de la LOREG, que resultan de aplicación en las Comunidades Autónomas a tenor de lo prevenido por la disposición adicional primera, apartado segundo, de la misma norma” (STS de 28 de abril de 2022, RJ 7).

A fin de hacer efectivo el artículo 6.2 b) de la LOREG, no es exigible la actuación de la corporación local, el Parlamento o la Administración electoral. Con absoluta contundencia el Consello Consultivo de Galicia nos disuade de esa creencia, al afirmar: “La eficacia extrapenal de la condena es imperativa, por disposición de la LOREG, por lo que no puede hacerse depender

del conocimiento o de la declaración de la concurrencia de dicha causa por el Pleno de la Corporación o por la Junta Electoral Central, sin perjuicio de que sea preciso que sí se produzca una toma de conocimiento con el fin de arbitrar los mecanismos que garanticen el restablecimiento del normal funcionamiento de la Corporación ante la vacancia producida”.

Por lo que se refiere al papel que juega la Administración electoral ante una situación de este estilo, debemos incidir en que las competencias de las juntas electorales no concluyen con el proceso electoral, sino que hay atribuciones que se mantienen durante todo el mandato de los electos, en particular la ya citada del artículo 19.1 l) de la LOREG, a efectos de proceder a las sustituciones que puedan producirse en los supuestos legales establecidos. Tal precepto no confiere explícitamente a la Administración electoral la facultad de declarar la inelegibilidad sobrevenida concluido el proceso electoral. Pero cabe considerarla inherente a la de expedir las credenciales, pues esta incluye la de comprobar la adecuación al ordenamiento jurídico de los supuestos de sustitución de representantes (STS núm. 572/2021, de 28 de abril, FJ 2).

7

¿El procedimiento de revisión de oficio se podría ver impedido por los límites previstos en el artículo 110 de la Ley 39/2015?

Como es sabido por todos, el artículo 110 de la LPACAP limita la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un acto que incurre en un vicio de especial gravedad ponderando las circunstancias concurrentes y los bienes jurídicos en juego.

Comenzando por el elemento temporal, el Consello Consultivo de Galicia descarta que el ejercicio de la acción de revisión no sea recomendable porque el plazo transcurrido resulte excesivo y desproporcionado, afectando a la seguridad jurídica generada. El lapso de tiempo transcurrido desde que se dictaron los actos cuya revisión se pretende es escaso, pues datan de 2017 y 2018.

Para el Consello Consultivo de Galicia, la actitud del alcalde tampoco puede pasar desapercibida. No es un tercero ajeno ni a la producción de los actos cuya nulidad se pretende (que fueron dictados por él), ni al vicio de nulidad que nos ocupa. El alcalde tenía el deber de conocer y de observar en todo momento las normas sobre incompatibilidades, y además fue advertido en diversas ocasiones tanto por la secretaria como por la interventora municipal, desde que aquellas tuvieron conocimiento de la existencia de la sentencia condenatoria del juzgado, de la concurrencia de causa de incompatibilidad, de

la situación irregular en la que por tal motivo se encontraba la organización municipal, así como de los vicios de los actos que dictara en el ejercicio del cargo de alcalde (incluido el planteamiento, por la interventora municipal, de reparos específicos respecto de su retribución como alcalde; reparos que fueron expresa y conscientemente levantados por el alcalde al dictar los decretos de aprobación de nóminas).

Debido a que no se trata de un tercero ajeno a la producción de los actos cuya revisión se pretende y al vicio de nulidad que nos ocupa, el Consello Consultivo de Galicia no considera que la declaración de nulidad permitiría amparar un enriquecimiento injusto de la Administración a través del deber de devolución de las cantidades percibidas. No estamos tampoco ante un supuesto en el que quepa extrapolar la doctrina sobre el funcionario aparente, que ocupa su puesto con apariencia de legitimidad, creándose una situación en la que aquel obra de buena fe y movido por una garantía legítima digna de protección. En el presente caso el alcalde tenía el deber de conocer y conocía efectivamente su situación de incompatibilidad y las consecuencias que llevaba consigo mantenerse en el ejercicio del cargo. Según el Consello Consultivo de Galicia, resultan ilustrativas en este sentido la STSJ de Canarias de 30.1.2015, Rec. 122/2014 (citada en el informe de la secretaria municipal emitido en el curso de la instrucción del procedimiento), y la STSJ de Extremadura de 25.1.1999, Rec. 3352/1994.

Como colofón, atendiendo a los bienes jurídicos en juego, no es factible apreciar una situación merecedora de tutela que deba anteponerse al ejercicio de la potestad revisora. En este caso, la causa de incompatibilidad determinante de la concurrencia de la causa de nulidad conecta con intereses públicos esenciales como son la “preservación de la calidad de la democracia y la confianza de los representados en sus representantes en instituciones democráticamente elegidas” (STS de 20.7.2021, antes citada).

8

Conclusiones

Por todo lo expuesto en el presente estudio la Sección de Dictámenes del Consello Consultivo de Galicia, por unanimidad de sus miembros, informó favorablemente. A su juicio, desde el día siguiente a la notificación de la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de A Coruña, produjo sus efectos la causa de incompatibilidad del art. 6.2 b) de la LOREG y, por lo tanto, tuvo lugar *ex lege* la pérdida de su condición de alcalde. En consecuencia, desde ese día y hasta la fecha de la toma de conocimiento por

el Pleno de su renuncia (el 24.8.2018) aquel careció de un requisito esencial para adquirir el derecho a la percepción de las cantidades recogidas a su favor en los correspondientes decretos de aprobación de nóminas, las cuales estarían así afectadas por la causa de nulidad del artículo 47.1 f) de la LPACAP; nulidad solo parcial, limitada a la parte referida al alcalde y al período indicado, en aplicación del artículo 49.2 de la LPACAP, conforme al cual: “La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes de este independientes de aquella, salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no habría sido dictado”.

A nuestro entender, el Dictamen núm. 160 del Consello Consultivo de Galicia supone una nueva y necesaria mirada a un tema que, a pesar de que ya se ha abordado en sede judicial, parece que no es suficiente. El 22 de febrero de 2022 el Tribunal Supremo ha tenido todavía que rechazar la aplicación de una medida cautelar, aduciendo que lo contrario tendría como consecuencia la inaplicación práctica en muchos supuestos de las causas de inelegibilidad previstas en los apartados a) y b) del artículo 6.2 de la LOREG (Auto de 14 de febrero de 2022). Para hacer frente a aquellos que ponen reparos a la hora de respetar lo dispuesto en las leyes y lo dictaminado por el máximo responsable de la unidad de interpretación de la jurisprudencia en España, no estaría de más que no pasaran por alto el artículo 508.1 del Código Penal, a cuyo tenor “la autoridad o funcionario público que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere ejecutar una resolución dictada por la autoridad judicial competente, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”.