



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 351/2017

(Sección 2ª)

La Laguna, a 10 de octubre de 2017.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Mogán en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio respecto de los Acuerdos plenarios adoptados por el Pleno extraordinario y urgente del Ayuntamiento de Mogán celebrado el día 3 de marzo de 2017 (EXP. 292/2017 RO)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Alcaldesa del Ayuntamiento de Mogán, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio a fin de declarar la nulidad de los acuerdos adoptados en el Pleno extraordinario y Urgente celebrado el día 3 de marzo de 2017.

La legitimación de la Alcaldesa para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D).b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) -aplicable porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor [DT tercera, b)]-, que permite a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo, declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Además, de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable (art. 106.1 LPACAP), es preciso que tal dictamen sea favorable, como es el caso, a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no es de tal sentido.

2. Como se dijo, la ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos se contiene en el art. 106 LPACAP. Esta revisión de oficio procede contra actos nulos que incurran en alguna de las causas de nulidad del art. 47.1 LPACAP y que, además, sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en las actuaciones obrantes en el expediente.

3. La tramitación de este procedimiento fue instada de oficio, no habiendo transcurrido el plazo de caducidad previsto en el apartado 5 del art. 106 LPACAP.

4. La revisión de oficio se fundamenta en el art. 47.1.g): «cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley», en relación con la letra a) del art. 124 de la ley 7/2015, de 1 de abril, de Municipios de Canarias (LMC), que, por aplicación de la legislación básica de procedimiento común, considera nulos de Pleno derecho los acuerdos plenarios adoptados sin haberse notificado en forma la convocatoria u orden del día a todos sus miembros.

5. En cuanto a la competencia para resolver, el art. 37,i) LMC atribuye al Pleno del Ayuntamiento la competencia para la revisión de oficio de sus acuerdos y disposiciones generales.

6. No se observan deficiencias formales que obsten un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

II

De la documentación obrante en el expediente remitido a este Consejo resulta que las cuestiones de hecho del presente procedimiento de revisión de actos nulos son las siguientes:

- Mediante escrito de 6 de marzo de 2017, por varios concejales del Ayuntamiento de Mogán se interpone recurso de reposición contra el Decreto nº 539/2017, de 2 de marzo, de la Alcaldesa, por el que se convoca Pleno extraordinario y urgente con el siguiente Orden del Día:

«Primero.- Propuesta para manifestar la voluntad del Ayuntamiento de Mogán de aprobar la “Modificación de los Estatutos de la Asociación de Municipios Turísticos de Canarias”.

Segundo.- Propuesta para designar los días festivos del Municipio de Mogán para el año 2018».

- El Pleno se celebró el día 3 de marzo de 2017 con la ausencia de los concejales recurrentes.

- En su recurso de reposición, los concejales entienden que el decreto nº 539/2017 por al que se convoca plano extraordinario y urgente es nulo de pleno derecho al amparo de lo establecido en el artículo 47.1.a) LPACAP, ya que no se ha practicado "notificación de convocatoria alguna a los concejales firmantes" porque la convocatoria, en la medida en que es el instrumento en el que se concreta la publicidad de las sesiones y permite materializar el derecho a la participación de los miembros de los órganos colegiados en la actividad de las entidades locales, constituye el fundamento de la igualdad de los mismos, afectando de manera directa al ejercicio del cargo público en que se sustenta el fundamento de la representación democrática. Se trata, en definitiva, de un acto imprescindible y esencial del procedimiento colegial pues, de lo contrario, se privaría a los representantes de la ciudadanía el ejercicio de las funciones del cargo para el que fueron elegidos.

Por otro lado, la notificación es el medio a través del cual se da a conocer a los miembros del órgano colegiado el contenido de la convocatoria. Sin embargo, la notificación vía telefónica presenta una problemática que no ha sido tomada en cuenta por la Corporación y que, por lo tanto, puede dificultar el normal transcurrir del funcionamiento de la Administración.

El art. 14 de la Ley 39/2015 establece la obligación a determinadas personas físicas de relacionarse a través de medios electrónicos con la Administración. De hecho, los arts. 14.3 y 41.1 LPACAP determinan que reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios. Así, y en atención al Reglamento Orgánico Municipal, puede entenderse que las notificaciones de las convocatorias de los órganos colegiados del Ayuntamiento pueden ser comunicadas a sus miembros a través de la vía electrónica. Sin embargo, la notificación electrónica que se ha impuesto por la vía reglamentaria tiene una serie de inconvenientes o impedimentos que no han sido debidamente valorados por la Administración:

Uno de los inconvenientes en la notificación de la convocatoria de cualquier sesión de uno de los órganos colegiados de la Corporación municipal es la acreditación de la misma. Esta acreditación se realiza a través de la constancia en el sistema informático del acceso al buzón electrónico y de la lectura de las correspondientes notificaciones. Pero, ¿qué sucede cuando el destinatario de la notificación, en este caso el Concejal, no accede a su buzón electrónico? Pues bien, para esto tiene una respuesta el art. 43.2 LPACAP, el cual dispone que a los diez días naturales de haberse puesto a disposición del interesado sin que se acceda a su contenido, se entenderá esta rechazada, por lo que, en este caso, recibida la notificación de la convocatoria en el buzón electrónico de cualquier Concejal sin que esta haya accedido al mismo se entenderá realizada la notificación. Sin embargo, esto plantea un problema mayor y es que muchas de las convocatorias de las sesiones de órganos colegiados de la Administración municipal tienen unos plazos inferiores a diez días y, por lo tanto, no se estaría garantizando la participación efectiva de los Concejales a las mismas, con la consiguiente nulidad de los acuerdos adoptados.

El hecho de que la Administración imponga reglamentariamente (art. 105 del Reglamento Orgánico Municipal) la notificación de la convocatoria a las sesiones de los órganos representativos a través de medios electrónicos, requiere que se asegure por esta que quienes deben asistir a dichas sesiones dispongan de medios tecnológicos que les permitan recibir tales notificaciones. Como literalmente dice la LPACAP (arts. 14.3 y 41.1) este medio de notificación se puede imponer reglamentariamente si el acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios queda acreditado «por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos» de las personas físicas. Es cierto que la Administración ha puesto a disposición de los Concejales un ordenador con conexión a internet en las Casas Consistoriales. Sin embargo, ni puede entenderse garantizado el acceso a los medios electrónicos necesarios en forma suficiente para la recepción de las notificaciones de la Corporación mediante la puesta a disposición de un ordenador en dependencias municipales cuyo uso queda limitado al horario de apertura del Ayuntamiento de Mogán, ni tampoco que quienes están en el cargo de representante electo de los ciudadanos de Mogán están en situación objetiva de acreditar el acceso a dichos medios.

Las notificaciones de las convocatorias a sesiones de los órganos colegiados de sus miembros cumplen la doble garantía de poner en su conocimiento la celebración de las mismas y los asuntos que van a ser tratados. Por lo tanto, los medios a través de los cuales se llevan a cabo las notificaciones deben garantizar, sin que exista

atisbo o duda alguna, que todos los miembros del órgano colegiado convocado conozcan de la celebración de una sesión. De lo contrario, se actúan en fraude de ley «a sabiendas» de su injusticia.

En consecuencia, según los citados Concejales, con lo anterior, la notificación por vía telemática que pretende la Administración municipal ni cumple con la suficiencia técnica para ello, ni prevé las nefastas consecuencias ante las eventualidades descritas.

La consecuencia de la notificación de la convocatoria de las sesiones de los órganos colegiados por vía electrónica sin que se ponga a disposición de todos los miembros los medios necesarios, es la eventual nulidad de los acuerdos y actos administrativos adoptados en su seno [art. 124, a) LMC].

- Con fecha 4 de abril de 2017 se dicta resolución por la Alcaldesa-Presidenta, con número 936/2017, en el que, además de avocar la competencia delegada en la Junta de Gobierno Local para la resolución de este tipo de los recursos, desestima el recurso potestativo de reposición interpuesto contra el Decreto de la Alcaldía nº 2017/539, de 2 de marzo, por el que se convocaba «sesión extraordinaria y urgente del Pleno Municipal para el próximo viernes 3 de marzo de 2011, a las 8:30 horas», a la vez que otorga el amparo, reconocido en el art. 31 del Reglamento Orgánico Municipal, a los concejales recurrentes, en orden a la reposición de estos concejales en plenitud de sus derechos, y ordena el inicio de un expediente de revisión de oficio de los acuerdos adoptados en el Pleno extraordinario y urgente del ayuntamiento de Mogán celebrado el día 3 de marzo de 2011, por considerarse actos nulos de pleno derecho de acuerdo con lo establecido en el art. 124 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias.

- En la sesión plenaria ordinaria de fecha 27 de abril de 2017 se adoptó, entre otros, el acuerdo de iniciar la revisión de oficio de los acuerdos adoptados en el pleno extraordinario y urgente de fecha 3 de marzo de 2017.

- Se notificó la iniciación del procedimiento de revisión de oficio a los interesados para que presentasen alegaciones y sugerencias en el plazo legalmente establecido, y por el Secretario General se certifica que salvo error u omisión, no se han presentado alegaciones y sugerencias al mismo.

- Por último, la Propuesta de Resolución que se nos somete a dictamen preceptivo declara la nulidad de los acuerdos adoptados en el Pleno celebrado el día

3 de marzo de 2017, por considerar que se encuentran incursos en la causa de nulidad prevista en el art. 124 de la LMC, esto es, tratarse de acuerdos plenarios adoptados sin haberse notificado en forma la convocatoria u orden del día a todos sus miembros, en relación con la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.g) de la LPACAP.

III

1. Según la jurisprudencia del TS (ver por todas la sentencia de 14 abril 2010), la potestad de revisión de oficio, reconocida en general a la Administración por los arts. 102 a 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (ahora en los art. 106 y ss. LPACAP), supone una facultad excepcional que se le otorga para revisar los actos administrativos sin acudir a los Tribunales y sin tan siquiera esperar a su impugnación por los interesados. Prevista para vicios especialmente graves provocadores de la nulidad o anulabilidad de los actos, constituye, en definitiva, una manifestación extrema de la autotutela administrativa.

Ahora bien (y por lo que más adelante se dirá), continúa el Alto Tribunal, habida cuenta de la especial configuración de dicha potestad administrativa existen importantes límites o condicionantes a la misma. El primero de ellos reside en los motivos que legitiman para acudir a ésta vía revisoria. Dichos motivos, expresados en general en la LRJPAC, constituyen verdaderas causas tasadas, con enumeración exhaustiva, y cuya especial gravedad, en definitiva, fundamenta esa potestad excepcional, como, asimismo, tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido entendiendo de manera constante y reiterada (por todas SSTs de 30 de marzo de 1982, 17 de octubre de 2000 y 12 de marzo de 2002).

2. En el presente caso, de acuerdo con el Reglamento Orgánico Municipal, que en su art. 105 establece que las sesiones del Pleno se convocarán a través de medios electrónicos (habiéndose acordado que se empezaría a aplicar el 1 de marzo de 2017), resulta acreditado que se notificó la sesión plenaria extraordinaria y urgente para el día 3 de marzo; y que la notificación no se ha realizado porque, de acuerdo con el art. 43.2 LPACAP, como el pleno se celebró el día 3, no había transcurrido el plazo de 10 días para entenderla rechazada al no haber accedido sus destinatarios a su contenido, por lo que se ha de concluir con que estamos en presencia del supuesto previsto en el art. 124 LMC, que se consideran nulos de Pleno derecho los actos y acuerdos plenarios adoptados sin haberse notificado en forma la convocatoria u orden del día a todos sus miembros.

Esta causa de nulidad, con independencia de que la Propuesta de Resolución la incardina en el apartado g) del art. 47.1 LPACAP, también es posible hacerlo en los apartados a) y e) del mismo artículo en cuanto el quebranto de las reglas esenciales de la formación de la voluntad de los órganos colegiados representativos, como es el caso, supone la vulneración del derecho de participación política previsto en el art. 23 CE, concretamente en la vertiente de acceso en condiciones igualitarias a las funciones y cargos públicos del apartado 2 de este precepto constitucional, lo que implica necesariamente que los que hayan accedido a ellos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga (SSTC 161/1988, de 20 de septiembre; 181/89, de 3 de noviembre; 205/1990, de 13 de diciembre y 177/2002, de 14 de octubre, entre otras).

3. En efecto, la STS de 15 de marzo de 1991 afirma, en relación con «la vulneración de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados», que «la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión se produce cuando se haya omitido la correcta observancia de alguna o algunas de dichas reglas, siempre y cuando éstas tengan un carácter esencial, sin ser preciso que la omisión se realice respecto de todas ellas». Más en concreto, según las SSTS de 5 de abril de 1988 y 15 de marzo de 1991 entre esas reglas esenciales cuya vulneración dará lugar a la nulidad del acto o acuerdo, se encuentran las que regulan la convocatoria de los miembros componentes del órgano colegiado.

Es obvio que el efectivo ejercicio del derecho de asistencia de los miembros colegiales requiere conocer, entre otras cuestiones, la convocatoria con la antelación temporal suficiente.

La jurisprudencia viene afirmando con reiteración que una correcta elaboración de la voluntad individual —antecedente preciso de la colegiada de un órgano administrativo— requiere que el sujeto se percate de cuál sea el objeto o la materia sobre la que ha de manifestarse.

Así es; en relación con la notificación de las convocatorias, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2006 advierte que la costumbre de un Ayuntamiento de efectuar las notificaciones dejando la citación por debajo de la puerta de la vivienda de los concejales y el hecho de que en otras ocasiones hubieran asistido a las reuniones, cuya celebración se había comunicado así, no significa que pueda aceptarse tal sistema de notificación, que es claramente defectuoso, pues:

«consideramos que en modo alguno puede aceptarse como procedimiento de comunicación a los concejales de la convocatoria de las reuniones —ordinarias o extraordinarias— de las Comisiones Informativas y del Pleno municipal el seguido en este caso. No respeta, ciertamente, lo preceptuado por el artículo 59.2 de la Ley 30/1992, ya que no permite tener constancia de cuando se practicó, ni de a quién, ni del contenido de la notificación. Y, desde luego, ningún valor tiene que se hubiera hecho antes así pues la práctica observada no convalida la ilegalidad del procedimiento.

Por otro lado, no era la concejal la que debía probar que en esta ocasión no tuvo conocimiento de la convocatoria, sino que, en todo caso, debió ser el Ayuntamiento el que demostrara que se le comunicó a la recurrente la celebración de las Comisiones y del Pleno, incluso telefónicamente, al igual que, según manifiesta (...), había sucedido otras veces. Lo que ahora era especialmente importante, vista la premura de la convocatoria y el hecho de que las reuniones tuvieran lugar por la mañana y no por la tarde que, según, observa la recurrente y no ha negado el Ayuntamiento, era lo habitual. Pero no lo ha hecho.

Aunque pueda considerarse cuestión de legalidad ordinaria la apreciación de la urgencia con la que deben celebrarse sesiones de órganos municipales para resolver sobre un determinado asunto, precisamente su carácter extraordinario exige un mayor rigor en la práctica de la notificación de su convocatoria. Y, por igual razón, atribuye relevancia decisiva a los defectos de la misma que impidan a los concejales tener noticia debida de aquellas cuando comportan el efecto que aquí han causado. Si se hace, como aquí se hizo, de manera que no permite a una concejal conocerla a tiempo para asistir a las Comisiones Informativas y al Pleno municipal objeto de la convocatoria, el resultado es que se le impide ejercer las funciones propias de su cargo. Infracción que no lo es sólo de la legalidad ordinaria sino también del derecho fundamental que le reconoce el artículo 23.2 de la Constitución. Derecho que comprende, además del acceso y de la permanencia en los cargos públicos representativos, el ejercicio de las funciones que conllevan conforme a las leyes. Infracción que se proyecta también sobre el artículo 23.1 en la medida en que los representantes elegidos democráticamente hacen efectivo el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de aquellos».

En general, pues, los tribunales entienden que la falta de notificación de la convocatoria, si se acredita una efectiva ausencia de los elementos necesarios para el ejercicio del derecho reconocido en el art. 23 de la Constitución, tanto en lo relativo al efectivo desempeño del cargo público como al derecho de información a que tienen derecho.

No obstante la rotundidad de esta línea jurisprudencial, que parece no admitir excepciones, en algunas ocasiones el TS ha negado la nulidad de actos por esta causa.

Así, el TS ha llegado a considerar que, conforme al raciocinio humano, puede sentarse la presunción de que los impugnantes de un acuerdo que fundamentan su recurso precisamente en el argumento de una convocatoria efectuada en forma defectuosa fueron citados en legal forma cuando el resto de los miembros fueron efectivamente citados, directa y documentalmente, «pues lo normal es que se siga el mismo trámite en cuanto a todos».

Especialmente relevante es la STS de 26 de noviembre de 1997, que considera que en el expediente consta que se intentó tres veces la citación notificándola en el domicilio del miembro colegial pero, al no encontrarse en él, se introdujo la convocatoria por debajo de la puerta, por lo que el TS considera que la Administración adoptó todas las medidas precisas para notificar y que el concejal estaba actuando de mala fe al alegar el defecto formal derivado de la no acreditación de la recepción de la convocatoria, ya que al no ausentarse de su domicilio ha tenido tiempo y posibilidades suficientes para conocerla. En consecuencia, el TS entiende que no procede anular los acuerdos adoptados.

Por su parte, la STS de 23 de noviembre de 1990, en atención al resultado de la votación, afirma que la no citación de algunos concejales a la sesión no determina la nulidad plena de los acuerdos adoptados si éstos se aprobaron por mayoría suficiente que no se vería afectada por el voto en contra de los no citados.

Es decir, en ocasiones la jurisprudencia ha mantenido el criterio de considerar que la simple falta de notificación no siempre tiene por qué originar la nulidad radical y absoluta de la sesión siempre que se den dos circunstancias: que la ausencia de los mismos no tuviere ninguna incidencia en el resultado de la sesión y que su ausencia no se hubiere buscado de propósito.

4. En el presente caso, los concejales recibieron un correo el mismo día 2 de marzo, en el que se les comunicaba que se adjuntaba convocatoria del Pleno Extraordinario y Urgente para el viernes 3 de marzo a las 8:30 horas, por lo que no es descabellado pensar que, efectivamente, pese a no entrar a su buzón electrónico, no solo la ausencia al pleno no fue buscada intencionalmente (dado, además, la inexistencia de antecedentes en cuanto a la notificación electrónica de las convocatorias y la poca transcendencia de los asuntos a tratar en el Pleno: manifestar la voluntad del Ayuntamiento de aprobar la modificación de los Estatutos de la Asociación de Municipios Turísticos de Canarias y designación de los días festivos

del Municipio de Mogán para el año 2018) sino que, antes al contrario, es presumible que conocían antes de su celebración la convocatoria del Pleno y el orden del día.

Por su parte, el gobierno de Mogán, según su portal de transparencia, está compuesto por 11 concejales de 21 posibles (9 de CIUCA y 2 del PSOE). Los acuerdos se adoptaron, según consta en el expediente mediante certificación de los acuerdos adoptados, por unanimidad de los asistentes, en este caso 11 miembros de la Corporación, por lo que, de haber asistido al Pleno, el voto de los 8 concejales ausentes, que interpusieron recurso de reposición y solicitaron amparo a la Alcaldesa, no hubiera tenido ninguna incidencia en el resultado de las votaciones por la que se adoptaron los acuerdos que se pretenden declarar nulos.

De lo anterior se infiere que, aun cuando la notificación de la convocatoria del Pleno municipal no se realizó en forma -dado que no se cumplieron los plazos previstos en el art. 43.2 LPACAP para entenderse rechazada la notificación al no haber accedido los destinatarios por medios electrónicos al contenido de la misma-, y que tal falta de notificación implica la nulidad de los acuerdos tomados en dicha sesión plenaria, en el presente caso concurren las circunstancias (ausencia no buscada, conocimiento por los miembros de la corporación no notificados en forma de la celebración del pleno y nula incidencia en el resultado de las votaciones) que han sido estimadas por la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo para no anular los acuerdos adoptados.

Tal línea jurisprudencial fuerza a este Consejo, aplicando el carácter restrictivo con el que deben considerarse las causas de nulidad de pleno derecho y el ejercicio de la potestad de revisión de oficio, así como las circunstancias concurrentes en este caso ya señaladas, a no dictaminar favorablemente la pretendida nulidad.

En conclusión, la Propuesta de Resolución, aun cuando pretende la nulidad de los acuerdos tomados en un Pleno municipal no notificado en forma, lo que supone que incurre en la causa de nulidad prevista en las letras a), e) y g) [esta última en relación con el art. 124 LMC] del art. 47.1 LPACAP, no es conforme a Derecho ya que la concurrencia de determinadas circunstancias (conocimiento de la convocatoria por otros medios, ausencia de intencionalidad en la falta de notificación e irrelevancia en el resultado de la votación) han llevado al TS a declarar la improcedencia de anular los acuerdos plenarios, por lo que este Consejo dictamina desfavorablemente la declaración de nulidad pretendida.

CONCLUSIONES

1. El Pleno Extraordinario y Urgente del Ayuntamiento de Mogán que se celebró el día 3 de marzo de 2017 no se notificó en forma, por lo que los acuerdos adoptados incurrieron en la causa de nulidad alegada [art. 47.1 g) LPACAP, en relación con el art. 124 LMC].

2. No obstante, concurren determinadas circunstancias que llevan a este Consejo a no dictaminar favorablemente la declaración de nulidad de los referidos acuerdos adoptados, según se razona en el Fundamento III.