

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063920

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 438/2019, de 1 de abril de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 5590/2017

SUMARIO:

Funcionario público. Elecciones. Causas de inelegibilidad e incompatibilidad. Pena de inhabilitación. Cabildos insulares. La cuestión del presente recurso no radica en la interpretación de que las funciones o cargos de Consejero Insular sean o no análogas a las del cargo de Alcalde, sino en el exacto alcance que hay que darle a un fallo penal que limita la pena de inhabilitación a los cargos de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal y cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local «siempre que implique una participación en el Gobierno municipal».

Se señala 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. La Sala destaca, en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional, la ejemplaridad social exigible a quien ejerce la función pública, máxime si es representante de los ciudadanos. En este sentido, indica que lo dicho por el Tribunal Constitucional no es cuestión novedosa en nuestro marco jurídico europeo y su herencia cultural. Si bien los regímenes de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre inelegibilidad reflejan tradiciones jurídicas distintas suelen coincidir en que una condena penal inhabilita para ocupar un cargo público.

El artículo 6.2 de la LOREG en su última reforma tiene un sentido omnicompreensivo 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.

PRECEPTOS:

LO 5/1985 (LOREG), art. 6.2 b) y 6.4.

Constitución española, arts. 23, 70.1, 103.1, 137, 140, 141.4, 143.1 y 147.1.

LO 10/1995 (CP), arts. 11, 38, 42, 56 74, y 404.

RD 25/1968, (Rgto. Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales), arts. 9.5 y 10.3.

Ley 40/2015, (Régimen Jurídico del Sector Público), art. 3.3 y 4.

LO 10/1982 (Estatuto de Canarias), arts. 8.2 y 23.5.

LO 1/2018 (reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias), arts. 2.3 y 65.4.

PONENTE:*Doña Celsa Pico Lorenzo.*

Magistrados:

Don CELSA PICO LORENZO

Don LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ

Don OCTAVIO JUAN HERRERO PINA

Don ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO

Don JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 438/2019

Fecha de sentencia: 01/04/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5590/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 05/03/2019

Ponente: Excma. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5590/2017

Ponente: Excma. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 438/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Luis María Díez Picazo Giménez, presidente

D.^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 1 de abril de 2019.



Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA/5590/2017 que se ha tramitado conforme al procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, interpuesto por la procuradora doña María Elena Perdomo Luz en nombre y representación del Cabildo Insular de Fuerteventura bajo la dirección letrada de doña María Mercedes Contreras Fernández contra la sentencia 222/2017, de fecha 5 de junio de 2017 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria que estimó el recurso de apelación 27/2017 interpuesto por la representación de D. Marcial , contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- administrativo nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria, que revoca, declarando nulo de pleno derecho el Acuerdo del Pleno del Cabildo Insular de Fuerteventura de 7 de marzo de 2016.

Ha sido parte recurrida don Marcial representado por el procurador de los tribunales don Francisco Javier Pérez Almeida.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el recurso de apelación número 27/2017, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia el 5 de junio de 2017 , cuyo fallo dice literalmente:

"Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Francisco Javier Pérez Almeida, en nombre y representación de D. Marcial , contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº Cinco de los de Las Palmas de Gran Canaria mencionada en el Antecedente Primero, la cual revocamos a los efectos de estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha parte contra el Acuerdo plenario del Cabildo Insular de Fuerteventura, adoptado en sesión de 7 de marzo de 2.016, que declaró la incompatibilidad de D. Marcial para el cargo de Consejero del Cabildo, el cual declaramos nulo de pleno derecho.

Sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la apelación ni tampoco sobre las costas de la instancia."

Segundo.

Contra la referida sentencia preparó la representación procesal del Cabildo de Fuerteventura recurso de casación, que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias tuvo por preparado mediante Auto de 25 de septiembre de 2017 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

Tercero.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 26 de febrero de 2018 , cuya parte dispositiva dice literalmente:

"Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal del Cabildo de Fuerteventura contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda, de fecha 5 de junio de 2017 , en el procedimiento de derechos fundamentales nº 27/17.

Segundo.- Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si, la causa de inelegibilidad e incompatibilidad establecida en el artículo 6.2 b) en relación con el artículo 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 los empleos o cargos públicos a los que se refiera dicha pena, o si, por el contrario, solo



afecta a los empleos o cargos públicos especificados en la sentencia penal en virtud de la remisión que efectúa el artículo 6.2 b) LOREG cuando se refiere a "en los términos previstos en la legislación penal".

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 6.2 b) y 6.4 de la Ley 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General , en su actual redacción dada conforme a la LO 3/2011, de 28 de enero, así como otros preceptos concordantes que resulten de aplicación.

Cuarto.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto."

Cuarto.

Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 5 de abril de 2018, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó la procuradora doña María Elena Perdomo Luz, en representación del Cabildo de Fuerteventura por escrito de fecha 20 de abril de 2018, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: "[...] declare haber lugar al recurso de casación interpuesto, case la Sentencia recurrida y entrando en el fondo, declare la conformidad a Derecho del acuerdo del Pleno del Cabildo de Fuerteventura de fecha 7 marzo de 2016 por el que se declaró la incompatibilidad de D. Marcial con el cargo de Consejero del Cabildo insular de Fuerteventura y, por tanto, su cese en tal condición, al incurrir en la causa de inelegibilidad e incompatibilidad del art. 6.2.b) en relación con el art.6.4 LOREG."

Quinto.

Por providencia de 9 de mayo de 2018, se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, a fin de que, en el plazo común de treinta días, puedan oponerse al recurso, lo que efectuó la representación procesal de la don Marcial en escrito presentado el 11 de julio de 2018, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: "[...] dicte resolución por la que, no acogiendo los motivos aducidos, desestime el recurso de casación interpuesto por el Excmo. Cabildo Insular de Fuerteventura. Con expresa condena en costas."

Asimismo, el Ministerio Fiscal en escrito presentado el 19 de julio de 2018, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, interesa: "La DESESTIMACIÓN del recurso de casación, interpuesto por la representación legal del Cabildo Insular de Fuerteventura, contra la Sentencia núm. 222/2017, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Canarias, por la que se declaró NULO DE PLENO DERECHO, el Acuerdo Plenario del Cabildo Insular de Fuerteventura, adoptado en sesión de 7 de marzo de 2016, declarando la incompatibilidad de D. Marcial , con el cargo de Consejero del Cabildo Insular de Fuerteventura, con la imposición de las costas a la parte recurrente."

Sexto.

De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por providencia de 31 de enero de 2019 se señala este recurso para vista pública el día 5 de marzo de 2019, fecha en que tuvo lugar el acto, continuándose posteriormente la deliberación para votación y fallo que finalizó el 19 de marzo.

Por Auto de fecha de 26 de febrero de 2019 se estima justificada la abstención de el Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva y se le tiene por apartado, entrando a formar Sala el magistrado de la Sección Quinta de esta Sala Excmo. Sr. don Octavio Juan Herrero Pina, en razón de sustitución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los términos del litigio y sentencia de instancia.

La representación del Cabildo Insular de Fuerteventura interpone recurso de casación 5590/2017 contra la sentencia estimatoria de fecha 5 de junio de 2017 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria que estimó el recurso de



apelación 27/2017 deducido por la representación de D. Marcial , contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria, que revoca, declarando nulo de pleno derecho el Acuerdo del Pleno del Cabildo Insular de Fuerteventura de 7 de marzo de 2016.

La sentencia de instancia (completa en cendoj Roj: STSJ ICAN 1598/2017 - ECLI:ES:Tsjican:2017:1598) identifica en su PRIMER fundamento el acuerdo impugnado y la resolución del juzgado de lo contencioso administrativo, mientras en el SEGUNDO plasma la posición de las partes actora, demandada y ministerio fiscal.

En el TERCERO da la razón al apelante al incurrir la sentencia en incongruencia omisiva. Aprecia falta de correlación entre el motivo de impugnación articulado en la demanda y la respuesta judicial, que se centra en que la ausencia de firmeza de una sentencia penal no impide la aplicación de la causa de ineligibilidad o Incompatibilidad para un determinado cargo público, pero no examina si era posible concluir que concurría causa de incompatibilidad como cargo electo del Cabildo.

En el CUARTO toma como punto de partida el tenor literal del artículo 6.2 b) de la LOREG , y del apdo 4º conforme al cual las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad. Luego tiene en cuenta el artículo 42 del Código Penal . Y, por último, el Fallo de la sentencia penal dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Puerto Rosario con fecha 24 de junio de 2.015 .

En el QUINTO reseña la respuesta de la Junta Electoral Central a la consulta formulada por la Secretaria General del Cabildo.

En los dos SEXTOS razona que, al no extenderse el Fallo de la sentencia penal a cargos público en el gobierno insular, cualquier interpretación que suponga entender que concurre una causa de incapacidad sobrevenida para participar en cargos públicos en el Cabildo Insular supone una interpretación extensiva de las causas de ineligibilidad e incompatibilidad contempladas en la LOREG, desconectada del contenido de la sentencia penal.

Recalca que los Cabildos Insulares presentan notas características que hacen que su naturaleza vaya mas allá de ser una Administración local ya que el Estatuto de Autonomía le asigna la condición de Instituciones propias de la Comunidad Autónoma de Canarias (artículo 8.2 del Estatuto de Autonomía en relación con el artículo 23.5 del mismo cuerpo legal).

Concluye que lo decisivo para estimar el recurso es la imposibilidad de una interpretación extensiva de la causa de incompatibilidad sobrevenida a tenor de la sentencia penal.

Segundo. Preparación del recurso de casación y admisión.

Por Auto de la Sección Primera de 26 de febrero de 2018 se admitió a trámite el recurso de casación preparado por el Cabildo de Fuerteventura precisando "...que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si, la causa de inelegibilidad e incompatibilidad establecida en el artículo 6.2b) en relación con el artículo 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 los empleos o cargos públicos a los que se refiera dicha pena, o si, por el contrario, solo afecta a los empleos o cargos públicos especificados en la sentencia penal en virtud de la remisión que efectúa el artículo 6.2b) LOREG cuando se refiere a "en los términos previstos en la legislación penal"."

Tercero. El recurso de casación del Cabildo de Fuerteventura.

a) Arguye que hay una infracción de la causa de inelegibilidad referida en el apdo. 6.2.b) LOREG, por desconectarlas de la legislación penal y de la sentencia condenatoria.

Defiende que la inelegibilidad hay que vincularla a la condena por delito de inhabilitación, que es la especial para empleo o cargo público, y además contextualizarla en los términos previstos en la legislación penal.

De la lectura del art. 42 C.P . deduce dos efectos derivados de la aplicación de la pena y dos requisitos para que aquellos se produzcan: Un primer efecto inmediato es la privación, definitiva del empleo o cargo sobre el que recaiga la citada inhabilitación, mientras el segundo se concreta en la imposibilidad de obtener el mismo empleo sobre el que recaiga la inhabilitación u otros análogos. Todo ello durante el tiempo que dure la condena.

Reputa requisito importante que la sentencia ha de especificar los empleos sobre los que recaiga la inhabilitación, pero también se extiende a aquellos otros análogos que resulten afectados no ya, obviamente por el efecto "privación" sino por el de "incapacidad de acceso".



Alega que los delitos contra la Administración Pública y en concreto el tipificado en el art.404 CP , tienen en común el quebrantamiento voluntario de las obligaciones contraídas por los servidores públicos integrantes de la Administración. A su entender tal planteamiento queda recogido en el FJ 11 de la Sentencia del TS, sala de lo Penal, de 30 abril de 2015 (núm. Recurso 1125/2014).

Sostiene que, desde esta óptica, la interpretación de las causas de inelegibilidad del art.6.2.b) LOREG realizada por la Sentencia de instancia es errónea, pretendiendo restringir la inelegibilidad tan sólo a aquellos empleos o cargos públicos utilizados para llevar a cabo la conducta punible.

Aduce que por Administración Pública debe entenderse la organización, como conjunto de órganos jerárquicamente ordenados, que sirve con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 CE) para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico (art. 3.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), cumpliendo sus fines con personalidad jurídica única (art. 3.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). Si nos ceñimos al concepto de Administración Local, el esquema de organización territorial que acoge la Constitución Española reconociendo la existencia de municipios, provincias, así como islas en los Archipiélagos, atribuye su gobierno y administración a los Ayuntamientos, Diputaciones, y Cabildos y Consejos en las islas, conformándose provincias e islas por la agrupación de municipios.

Razona que son numerosos los ámbitos sectoriales de actuación (urbanismo, ordenación del territorio, medio ambiente, carreteras, turismo, transportes, etc) donde la participación de las distintas entidades que conforman la Administración local se realiza en el marco de procedimientos bifásicos, ejerciendo los Cabildos y Diputaciones un control, ya sea de legalidad, ya de oportunidad en los casos admitidos legalmente, sobre los Ayuntamientos y por tanto, participando en el gobierno de éstos últimos.

Invoca que la consideración del concreto cargo de consejero del Cabildo Insular como de naturaleza análogo al de Alcalde, viene avalado de forma explícita por la STC núm. 80/1987, de 27 mayo , (FJ. 2 y 4) por lo que la exclusión del cargo público de Consejero del Cabildo del régimen de inelegibilidad del art.6.2.b) LOREG realizada por la Sentencia del TSJ Canarias recurrida ahora constituye una clara y flagrante infracción del precepto legal.

Tras ello, reproduce el contenido de los arts. 6.4 LOREG y arts. 9.5 y 10.3 del RD 25/1968, de 28 noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Defiende que ha incurrido la Sentencia de Canarias en una interpretación errónea de la doctrina del TC sobre los derechos fundamentales. La doctrina del Tribunal Constitucional citada en la STC 192/2012, de 29 octubre (FJ 3º), ya desde la STC 23/1984, de 20 febrero quedó delimitada la noción de cargo público utilizada por el art.23.2 CE . También la STC 80/1987, de 27 mayo .

Sostiene que la cuestión debatida en STC 80/1987 partía del fallo de una Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 15 mayo de 1987 que equiparó las funciones propias de los Consejeros de los Cabildos como " análogas " a las de Alcalde y por tanto ambos cargos públicos quedaban afectados por la causa de inelegibilidad, por corresponder ambos a cargos de la Administración Local.

Refuta que la Sentencia recurrida argumente infracción de la doctrina del TC respecto de la interpretación que quepa dar a la inhabilitación especial para cargo público y su ámbito de actuación y menos aún a la identidad de la naturaleza de las funciones del cargo de Alcalde para su ampliación al de Consejero insular del Cabildo, equiparación en concreto que el propio Tribunal Constitucional de forma explícita ya había realizado en la STC 80/1987 .

Cuarto. La oposición del recurrido don Marcial .

1. Aduce en primer lugar , inexistencia de interpretación errónea o infracción de la causa de inelegibilidad referida en el apartado 6.2.b).

Expone prolijamente el contenido del art. 42 del Código Penal en relación con el art. 6.2. b) LOREG aplicado por la sentencia impugnada.

Critica que todo el razonamiento de contrario pivota sobre la base de desconocer que la sentencia recurrida no contiene la expresión "o cualquier otro análogos".

Arguye que es la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, la que limitó la inhabilitación y, por extensión, la inelegibilidad a los cargos públicos municipales.

Reitera que, no es la sentencia recurrida la que limita la inhabilitación a unos u otros cargos, sino la sentencia del Juzgado de lo Penal en su momento dictada; mientras que aquélla, la recurrida, se limita a hacer estricta aplicación, en sus justos y debidos términos, del artículo 6.2.b) de la LOREG, conforme a la legislación penal.



2. Inexistencia de infracción alguna de los artículos 6.4 LOREG y arts 9.5 y 10.3 RD 25/1968, de 28 de noviembre , por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Indica que los artículos 9.5 y 10.3 del RD 25/1968 no fueron ni tan siquiera objeto de mención en la primera instancia o en la apelación.

3. Inexistencia de interpretación errónea de la doctrina del Tribunal Constitucional que se cite en el correlativo sobre derechos fundamentales.

Aduce a la vista de la doctrina constitucional, que entender que la pena de inhabilitación, con especificación de los empleos públicos sobre los que recae (con expresa referencia a los propios del " gobierno municipal ") , se extiende a los cargos del gobierno insular, y que ello viene amparado por el artículo 6.2 b) de la LOREG, supone extender la eficacia de una pena a un supuesto no contemplado en la propia sentencia penal al margen de que el Cabildo Insular forme parte de las Administraciones Locales conforme al organigrama administrativo territorial español". (El subrayado y negrita corresponden al recurrido)

Recalca que, en los respectivos fallos de las sentencias condenatorias, más concretamente la STC 80/1987 que se cita, además de la expresa inhabilitación para el ejercicio y obtención de determinados cargos que se relacionan de manera expresa ("Alcalde, concejal, etc."), se añade la genérica inhabilitación para "cualquier "otro cargo"" o, "cargos análogos", sin mayores limitaciones. Lo que no es el caso que aquí nos ocupa.

Concluye que la cuestión del presente recurso no radica en la interpretación de que las funciones o cargos de Consejero Insular sean o no análogas a las del cargo de Alcalde, sino en el exacto alcance que hay que darle a un fallo penal que limita la pena de inhabilitación a los cargos de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal y cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local "siempre que implique una participación en el Gobierno municipal".

Quinto. Posición del Ministerio Fiscal.

1. Como punto de partida expone el contenido del art. 42 del C.P .

Reputa necesario observar que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha expresado la necesidad de diferenciar la pena de inhabilitación especial como pena principal (art. 42 del Código Penal), de aquellos otros casos en los que se impone como pena accesoria (art. 56 Código Penal).

Invoca la STS Sala de lo Penal núm. 88/2018, de 21 de febrero de 2018, recurso de casación 779/2017 , con cita de la STS núm. 314/2017, de 3 de mayo , en su FD 3ª, sobre la concreción del alcance de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

2. Reputa evidente que al no especificarse en la ejecutoria del Juzgado de lo Penal que el recurrente quedaba privado del cargo de Consejero del Cabildo Insular de Fuerteventura, podemos concluir que no quedo privado definitivamente de su cargo en el Cabildo Insular, ni incapacitado para obtenerlo, pues ya lo había obtenido en las elecciones al Cabildo Insular de Fuerteventura de 2015, convocadas por Real Decreto 233/2015, de 30 de marzo, en las que también resultó elegido Concejal del Ayuntamiento mejorero de La Oliva (Fuerteventura) y designado Alcalde. Todo ello, sin olvidar, que, si el Juez de lo Penal, que, conocía su condición de Consejero del Cabildo Insular de Fuerteventura, hubiera querido privarlo definitivamente de su cargo representativo en el Consejo del Cabildo Insular de Fuerteventura, así lo habría declarado en la parte dispositiva de la sentencia, máxime cuando en su FD 3º, relativo a la valoración de la prueba, literalmente, se dice: "Durante esos años en los que fue Alcalde y Consejero del Cabildo". Por lo que sostener lo contrario situaría la pena de inhabilitación especial en el espacio propio de la inhabilitación absoluta, con la dimensión omnicompreensiva que eso comporta y que la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, rechaza (STS 552/2006, de 16 de mayo).

3. Del art. 6.4 LOREG extrae las siguientes consideraciones:

i) Las causas de inelegibilidad son también de causas incompatibilidad, pero conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2. b), solo pueden impedir el acceso a empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal.

ii) La causa de inelegibilidad es también causa de incompatibilidad por disposición de la ley, pero la condena aquí concernida impide su consideración como causa de incompatibilidad sobrevenida para el desempeño del cargo representativo de Consejero Insular del Cabildo de Fuerteventura.



4. Del fallo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Puerto del Rosario, otra cuestión que se plantea es la relativa a si se puede considerar a los Cabildos Insulares como Administración Municipal, haciéndose preciso la cita de los art. 137 y 140 de la C.E; Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto. Artículo 23.1; Ley 7/2015, de los municipios de Canarias, en su artículo 2, no incluye en su ámbito de aplicación a los Cabildos Insulares, que se rigen por lo dispuesto en la Ley 8/2015, de 1 de abril, art. 2; Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, artículos 1.2, 2.1, 3, 4 y 41; Disposición Adicional Tercera LRBRL; Título IV de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de Régimen Electoral General, rubricado "Disposiciones especiales para la elección de Cabildos Insulares Canario", artículos 200, 202, 203.

5. Tras lo anterior concluye.

i) El Fallo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Puerto del Rosario, explicitó que el cargo público del que se privó a D. Marcial, es el cargo de Alcalde, viéndose también afectados los cargos de Teniente de Alcalde, Concejal o cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local que implique una participación en el Gobierno Municipal durante nueve años, no figurando entre los mismos el cargo de Consejero del Cabildo Insular de Fuerteventura.

ii) La interpretación de lo dispuesto en el artículo 6.2 b) en relación número 4. del mismo precepto de la LOREG, debe realizarse al amparo de lo dispuesto en la legislación penal (CP), la Sentencia y la doctrina de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

iii) La interpretación de los artículos sobre los que versa la cuestión con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, se deben poner en relación con lo dispuesto en la Constitución Española, Estatuto de Autonomía de Canarias, Ley de Bases de Régimen Local y Ley de los Cabildos Insulares, normas que positivizan que la isla es una entidad local autónoma en el ámbito territorial del archipiélago canario. Los Cabildos no son administración autonómica, ni municipal, y en consecuencia, se puede afirmar que el cargo de Consejero del Cabildo Insular, no se enmarca en la administración municipal.

iv) Al amparo de lo dispuesto en el artículo 200.8 de la LOREG, a los Consejeros Insulares, les son aplicables como causas de incompatibilidad, las causas de inelegibilidad del artículo 6, no existiendo causa de incompatibilidad sobrevenida para el ejercicio del cargo de Consejero Insular por las razones antes desarrolladas.

Ya en el acto de la vista señaló que, puede repugnar que un cargo público condenado por prevaricación pueda ocupar otro cargo, pero la sentencia es la que es.

Sexto. *El fallo de la Sentencia Penal y el acto administrativo impugnado.*

La primera cuestión a subrayar es que estamos en el ámbito de control de la actividad administrativa (art. 103 CE), esto es la impugnación en instancia del Acuerdo plenario del Cabildo insular de Fuerteventura que declaró la incompatibilidad de D. Marcial para el cargo de Consejero del Cabildo.

No se está controlando el sometimiento a la legalidad y el respecto a los derechos fundamentales de una ejecutoria penal en que el único marco a tener en cuenta es la Constitución, el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Nos hallamos frente a un acto administrativo que toma como fundamento de su contenido una sentencia penal en que el ministerio público interesó la condena a D. Marcial como autor de un delito de prevaricación para el que interesó la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 9 años. Y el Juzgado de lo Penal nº 2 de Puerto Rosario en sentencia de fecha 24 de junio de 2015, procedimiento abreviado 303/2013 en el apartado cuarto del fallo dice:

"Condeno a D. Marcial, como autor criminalmente responsable de un delito continuado de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, en relación en el art 74 y 11 del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 9 años de inhabilitación especial para el cargo de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal y cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local que implique una participación en el Gobierno municipal durante 9 años".

El Acuerdo plenario impugnado tiene su antecedente en el Acuerdo de la Junta Electoral Central expte. 251/555 a la consulta formulada por la Secretaria General del Cabildo de Fuerteventura de la que resulta destacable el punto 3º.



"El criterio de esta Junta es que la causa de inelegibilidad establecida en el artículo 6.2 b) de la LOREG debe entenderse 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 refiere dicha pena.

Como fundamento de este criterio cabe invocar, en primer lugar, a la literalidad del precepto que establece como núcleo de la causa de inelegibilidad la condena por este tipo de delitos sin distinguir los cargos o empleos públicos concretos sobre los que pueda recaer la pena de inhabilitación especial o suspensión. Además, porque ésta parece ser la finalidad perseguida por el legislador, al considerar que determinados delitos, por su naturaleza y gravedad, afectan particularmente al ejercicio de los cargos electos, hasta el punto de que no sea necesaria la firmeza de la resolución judicial de condena para que se produzca la consecuencia de su inelegibilidad. Finalmente, porque la referencia que hace el inciso final del artículo 6.2 b) de la LOREG "a los términos previstos en la legislación penal" debe entenderse como una remisión general a la legislación penal en cuanto a la previsión de estos tipos penales, pero sin que ello suponga reducir la extensión de la inelegibilidad a los empleos o cargos públicos específicos sobre los que puede recaer la pena de inhabilitación especial o de suspensión de empleo o cargo público".

Hemos de tener en cuenta la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y resolver si su regulación es más amplia que lo establecido en el Código Penal fijando incompatibilidades más estrictas por el mero hecho de haber sido objeto de un delito contra la Administración Pública.

Séptimo. Legislación a tomar en consideración sobre inelegibilidad.

La Constitución Española en su art. 70.1 expresa que la ley electoral determinará las causas de inelegibilidad de los Diputados y Senadores lo que ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido que debe respetar lo establecido en el precitado artículo para configurar la elegibilidad (STC 45/1983, de 25 de mayo , 153/2014, de 25 de septiembre .

Tras la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General por la LO 3/2011, de 30 de enero su artículo 6.2 b) expresa:

2. Son inelegibles:

(..)

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".

Y el apartado 4 señala: "Las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad (..)".

El apartado 4 del art. 6 se encontraba en el origen de la Proposición de Ley Orgánica presentada por los Grupos Popular y Socialista de modificación de la LOREG 5/1985, de 19 de junio, publicada en el BO de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados de 22 de octubre de 2011.

El nuevo redactado del apartado 2 del art. 6 tiene su origen en la enmienda 26 del Grupo Parlamentario Mixto, Boletín del Congreso de 13 de diciembre, cuya justificación era mejora técnica y que fue aceptada por la Comisión Constitucional, BO Congreso de 21 de diciembre.

Anteriormente mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre se había dado nueva redacción al art. 42 del Código Penal :

" La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación".

Octavo. Legislación sobre la organización territorial. Ámbito local.

El título VIII de la Constitución, De la organización territorial del Estado, Capítulo II, Administración Local en el art. 141. 4 establece:



"En los archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos o Consejos."

El anterior redactado fue desarrollado por el art. 41 y la disposición adicional décimo cuarta, de la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local .

En el ámbito canario el art. 22 del primigenio Estatuto de Autonomía, LO 10/1982, de 10 de agosto , estableció que el Cabildo constituye el órgano de gobierno y administración insular. El actualmente vigente, LO 1/2018, de 5 de noviembre, en su art. 65.4 . sienta que:

"4. Los cabildos insulares asumen en la isla la representación ordinaria del Gobierno y de la Administración autonómica y desempeñan las funciones administrativas autonómicas previstas en este Estatuto de Autonomía y en las leyes, así como las que les sean transferidas o delegadas ."

La Ley 8/2015, de Cabildos Insulares aprobada por el Parlamento de Canarias en su Exposición de Motivos se refieren reiteradamente a su doble naturaleza para ya en su art. 2 señalar, naturaleza de los cabildos insulares:

"Los cabildos insulares son instituciones de la Comunidad Autónoma de Canarias, así como órganos de gobierno, administración y representación de cada una de las siete islas en que se articula territorialmente la Comunidad Autónoma de Canarias. "

Y en su art. 51 establece que:

"La organización y competencias de los órganos de gobierno de los cabildos insulares se ajustarán, en el marco de la legislación básica de régimen local, a lo establecido en esta ley a lo que se establezca en el reglamento orgánico del cabildo insular en desarrollo de dichas normas."

Noveno. *Jurisprudencia constitucional sobre inelegibilidad y la equivalencia de la función de Alcalde y Consejero del Cabildo.*

Hemos dejado constancia más arriba de que el Cabildo recurrente ha invocado el contenido de la STC 80/1987, de 27 de mayo que desestimó un recurso de amparo presentado por el PSOE y por don Jesús Manuel contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso de Tenerife en recurso contencioso-electoral que interpretaba SAP de la Sala de lo Criminal que había condenado al recurrente a la suspensión del cargo de Alcalde y a la posibilidad de obtener otro durante el tiempo de la condena.

Así el FJ Cuarto dijo " La segunda argumentación es la desarrollada por los recurrentes en amparo al afirmar que el único cargo de funciones análogas al de Alcalde es el de Concejal y no otros que, como el de Consejero del Cabildo, tienen ámbito territorial y funciones distintas a las de Alcaldes y Concejales. Ahora bien, en este punto la interpretación de la Audiencia Provincial es una interpretación razonable, que se basa en el semejante ámbito y naturaleza de las funciones de los cargos pertenecientes a la Administración Local frente a las funciones genuinamente legislativas y de control político de instituciones como un Parlamento regional.

Esta diferenciación, que llevó a la Audiencia a ratificar la proclamación del candidato solicitante de amparo al Parlamento de Canarias y anular su candidatura al Cabildo Insular, no puede considerarse indebidamente restrictiva del derecho a participar en cargos públicos reconocido en el art. 23.2 C.E ., sino que delimita el alcance del art. 38 del Código Penal en relación con el fallo que condenó al ahora recurrente de manera razonable. Así, en ejercicio de su específica función de interpretación de la legalidad penal, la Audiencia marca una frontera entre las funciones análogas a los cargos de Alcalde y Concejal y las que no lo son, que en modo alguno puede considerarse que viole el derecho a acceder a cargos públicos en los términos previstos por las Leyes."

Y en la STC 151/1999, de 14 de septiembre que desestima un recurso de amparo de un Alcalde condenado a la pena de inhabilitación especial para todo cargo público electivo, tras recordar la STC 80/1987 en que se predicó la analogía entre las funciones de Alcalde y las del Cabildo, incardinados ambos en la administración local, se dijo en el penúltimo párrafo del fundamento Tercero:

"Pocas dudas pueden albergarse respecto de la necesidad de que los gestores públicos gocen de la confianza y del respeto de la gente. Para ello, si es exigible una cierta ejemplaridad social a quien ejerce cualquier función pública, con más intensidad debe hacerse respecto de aquellos cargos cuya función consiste precisamente, por ser representantes de los ciudadanos, en actuar de manera directa en los asuntos públicos."



Finalmente tomamos en consideración el último párrafo del fundamento jurídico quinto de la STC 153/2014, de 25 de septiembre de 2014 que desestima el recurso de inconstitucionalidad 2398-2011 interpuesto por el Gobierno de Canarias en relación con varios apartados del artículo único de la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general.

Es cierto que "[l]a singularidad del hecho o fenómeno insular explica el especial tratamiento que a las islas se dispensa en los correspondientes textos estatutarios de los archipiélagos canario y balear (art. 143.1 CE), constituidos en Comunidades Autónomas. Al propio tiempo interesa advertir que, de igual modo que la isla no sustituye a la provincia en dichos archipiélagos, tampoco las instituciones a las que corresponde la administración de las islas -los Consejos Insulares en el caso balear- pueden ser caracterizadas como trasunto de las Diputaciones provinciales, sino como entes específicos por expresa voluntad del poder constituyente plasmada en el art. 141.4 CE . Dicho de otro modo, si bien la consideración constitucional de la isla en los archipiélagos canario y balear como ente local con administración propia en forma de cabildos o consejos resulta indisponible para el legislador estatutario, la Constitución no se opone en modo alguno a que los Consejos Insulares (o, en el caso canario, los Cabildos) se configuren como instituciones autonómicas en el Estatuto de Autonomía, 'norma institucional básica' de la Comunidad Autónoma (art. 147.1 CE), siempre y cuando esa configuración estatutaria de los consejos insulares no suponga detrimento de su naturaleza de administración local de cada isla (o agrupaciones de islas), ni merma de su autonomía para la gestión de los intereses propios de la isla" (STC 132/2012, de 19 de junio , FJ 3), pero lo que aquí se dilucida no es una eventual articulación de las bases estatales y las competencias de desarrollo de la Comunidad Autónoma en la materia, sino la determinación del régimen electoral básico, que corresponde al legislador orgánico, y que así lo ha conformado en el título IV LOREG destinado a las elecciones de los cabildos insulares canarios. (el su brayado es nuestro).

A la vista de la legislación y jurisprudencia constitucional expresada en el fundamento precedente y en este cabe concluir que es certera la afirmación del Cabildo recurrente sobre que la cuestión cuando concierne a los cargos locales en Canarias incluyen a los Cabildos, independientemente de que también puedan ser órganos autonómicos. El marco constitucional más arriba reflejado así lo estatuye.

No obstante lo anterior, la cuestión sobre la que se plantea el interés casacional objetivo se proyecta más allá del archipiélago canario por lo que debe examinarse en un plano general.

Décimo. El juicio de la Sala. Inexistencia violación art. 23.1 CE .

Ya hemos dejado consignado en el fundamento anterior lo vertido por el Tribunal Constitucional en su STC 151/1999, de 14 de septiembre acerca de la ejemplaridad social exigible a quien ejerce función pública, máxime si es representante de los ciudadanos.

Lo dicho por el Tribunal constitucional no es cuestión novedosa en nuestro marco jurídico europeo y su herencia cultural. Si bien los regímenes de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre inelegibilidad reflejan tradiciones jurídicas distintas suelen coincidir en que una condena penal inhabilita para ocupar un cargo público. Incluso, en algún Estado haber incurrido en quiebra o ser indigno de ocupar un cargo público por otro motivo también es causa de inelegibilidad. En Dinamarca, una persona no puede ser elegible si ha sido condenada por realizar actos que según la opinión general la hagan indigna de pertenecer al Parlamento Europeo o al Folketing, Parlamento danés (www Comisión Europea).

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 omnicompreensivo 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.

Undécimo. La doctrina de la Sala.

Aquí, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA , se establece en los precedentes fundamentos la interpretación de aquellas normas sobre las que el auto de admisión consideró necesario el enjuiciamiento del presente recurso de casación por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo y, conforme a ello, declara:



i) Que no lesiona el art. 23. CE la declaración de incompatibilidad de D. Marcial para el cargo de Consejero del Cabildo de Fuerteventura.

ii) 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.

Decimosegundo. Costas.

De conformidad con el dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA tras la reforma por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la sentencia que se dicte resolverá sobre las costas de la instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de esta ley y dispondrá, en cuanto a las del recurso de casación, que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Por ello, se acuerda:

- a) mantener el pronunciamiento sobre las costas efectuado por la Sala de instancia.
- b) cada parte abonará, en cuanto a las del recurso de casación, las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero.

Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Cabildo Insular de Fuerteventura contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Segunda, de fecha 5 de junio de 2017 , en el procedimiento de derechos fundamentales nº 27/17, que estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 26 de octubre de 2016 .

Segundo.

Se desestima el recurso contencioso administrativo formulado contra el Acuerdo del Cabildo Insular de Fuerteventura de 7 de marzo de 2016.

Tercero.

Se fija como doctrina la consignada en el penúltimo fundamento de derecho.

Cuarto.

En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho.
Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.