

INFORME ESPECÍFIC DE SECRETARIA 1/2017

Assumpte: Situació legal de la Consellera Laia Estrada Cañón en compliment de la sentència referent al cas Bershka.

1.- Antecedents

El Sr. Jordi Martí Font, Conseller del Grup Municipal de la Candidatura d'Unitat Popular ha sol·licitat a aquesta Secretaria General informe jurídic *“sobre la situació legal en què quedaria la Consellera Laia Estrada Cañón en compliment de la sentència referent al cas Bershka en que l'Ajuntament era part denunciant. Aquesta sentència condemna la Consellera i a dos companys més a “inhabilitació especial per al dret de sufragi passiu durant el temps de condemna”, que són tres mesos. També voldríem saber quins efectes concrets tindria aquesta sentència en el cas de la Consellera d'aquest Ajuntament”*.

Sol·licita que l'informe s'emeti en el termini de 5 dies hàbils d'acord amb l'article 28.2 ROM.

La Sentència en qüestió és la dictada per la Secció Quarta de l'Audiència Provincial de Tarragona, de 27 de desembre de 2016, sentència número 439/16, procediment abreujat número 6/2011.

Aquesta sentència condemna, entre d'altres, a la Sra. Laia Estrada Cañón, com a coautora d'un delictes d'atemptat contra agents de l'autoritat de l'article 550.1 i 2 del Codi Penal, a la pena de 3 mesos de presó i inhabilitació especial per al dret de sufragi passiu durant el temps de la condemna,

2.- Normativa aplicable

a.- Obligació d'emetre informe

L'art. 179 del Text Refós de la Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya, aprovat per Decret Legislatiu 2/2003 (TRLMC), disposa que el Secretari de la Corporació ha d'emetre informe en els següents cassos:

- Quan ho demani el president de la Corporació.
- Quan ho demani 1/3 dels membres de la corporació
- Matèries que requereixen un quòrum especial de votació.
- Quan ho estableixi la legislació de règim local o la legislació sectorial.

L'article 28.2 del Reglament Orgànic Municipal (ROM) preveu:

“Tindran la prerrogativa de demanar informe al secretari general i a l'interventor de la corporació, l'alcalde o els seus delegats, els grups municipals i els consellers independents. La sol·licitud d'informe haurà de fer-se amb cinc dies hàbils d'antelació a la data en què es pretengui, sense perjudici de l'emissió oral dels informes que se sol·licitin en el transcurs de la sessió pels òrgans autoritzats.”

En conseqüència, els Grups Municipals tenen la potestat de demanar informes al Secretari General, i aquest els ha d'emetre en el termini de 5 dies hàbils d'antelació a la data en que es pretengui. La qual cosa no vol dir que s'hagi de fer l'informe en el termini de 5 dies hàbils, sinó que aquest és un termini mínim de sol·licitud en el cas que s'hagi d'utilitzar per una qüestió concreta i específica, com podria ser per exemple la sessió d'un òrgan col·legiat. Malgrat tot, s'intenta respectar el termini de la sol·licitud.

b.- Concreció de les condemnes

En la sol·licitud de l'informe per part del Grup Municipal de la Candidatura d'Unitat Popular només es fa referència a la condemna d'inhabilitació especial per al dret de sufragi passiu. No obstant, la condemna també incorpora una pena privativa de llibertat, la de presó per 3 mesos. Per tant, s'analitzaran les conseqüències d'ambdues condemnes. Com veurem més endavant, les conseqüències de més rellevància són les que es deriven de la pena privativa de llibertat.

c.- Sobre les conseqüències de la pena privativa de llibertat

La Sentència esmentada en antecedents condemna a la Sra. Laia Estrada, entre d'altres, a la pena de presó de 3 mesos.

Per tant, s'han d'analitzar quines són les conseqüències d'aquesta sentència, en relació a la condició de Consellera de l'Ajuntament de Tarragona de la Sra. Laia Estrada.

L'article 6.2 de la Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny, de règim electoral general (LOREG), especifica que són inelegibles els condemnats per sentència ferma a pena privativa de llibertat, en el període que duri la pena. L'article 6.4 de la mateixa llei especifica que les causes d'inelegibilitat ho són també d'incompatibilitat. Pel que fa al dret de sufragi passiu per les eleccions municipals, l'article 177.2 LOREG fa una remissió a l'article 6; i pel que fa a les causes d'incompatibilitat, l'article 178 LOREG, especifica que les causes d'inelegibilitat ho són també d'incompatibilitat amb la condició de regidor.

Finalment, l'article 9.6 del Reglament d'Organització, funcionament i règim jurídic dels ens locals, aprovat per Real Decret 2568/1986, de 28 de novembre, especifica que la condició de regidor es perd, entre d'altres, per incompatibilitat, en els supòsits i condicions establerts en la legislació electoral.

En conseqüència, una sentència ferma que prevegi una pena privativa de llibertat, comporta que la persona afectada esdevingui incompatible amb l'exercici del càrrec de regidor. Per tant, en el moment en el qual la sentència descrita en antecedents esdevingui ferma, la Sra. Laia Estrada Cañón estarà en un dels supòsits d'incompatibilitat.

Pel que fa a les conseqüències que provoca entrar en una situació d'incompatibilitat, podríem fixar 3 grans grups:

- Les provocades per les causes d'inelegibilitat de l'article 6.1 i 177.2 i les d'incompatibilitat 178.2., punts "a", "b", "c" i "d" tots ells de la LOREG. En aquests supòsits el regidor afectat ha d'exercir una opció entre la renúncia a la condició de regidor, o l'abandonament de la situació que provoca la incompatibilitat.
- El supòsit de regidors electes en candidatures presentades per partits o federacions declarats posteriorment il·legals per sentència judicial ferma, que se'ls aplica el que disposa l'article 6.4 LOREG.
- Les provocades per les causes d'inelegibilitat de l'article 6.2 LOREG, per condemnes per sentència penal. En aquest cas la norma no preveu un exercici d'opció, ja no és optatiu complir les penes imposades per sentència. En aquest cas es dona un supòsit d'incompatibilitat.

En conclusió, la Sra. Laia Estrada Cañón, Consellera de l'Ajuntament de Tarragona, en el cas que esdevingui ferma la sentència per la qual se la condemna a una pena privativa de llibertat, i a partir d'aquest moment, estarà en una situació d'incompatibilitat. I aquesta incompatibilitat, quan no existeix possibilitat d'opció, tant sols pot comportar un cessament en la condició de Consellera de l'Ajuntament de Tarragona. Tot i que la causa d'inelegibilitat ho sigui mentre duri la condemna, aquesta limitació temporal no pot operar pel que fa a les causes d'incompatibilitat, ja que no poden coexistir les dues condicions incompatibles: en aquest cas, la condició de Consellera de l'Ajuntament de Tarragona, i la de tenir una condemna ferma privativa de llibertat. I aquesta no coexistència només pot aconseguir-se amb el cessament de la condició de Consellera.

El Tribunal Suprem s'ha pronunciat sobre una situació idèntica en la Sentència de la Sala Contenciós-Administrativa de 3 de març de 2003 (RJ\2003\2418), en la qual resol sobre la situació d'incompatibilitat d'un regidor condemnat per sentència ferma a una pena de presó de 6 mesos. En el seu fonament de dret CINQUÈ es pronuncia de forma clara:

“ El artículo 177 de la LOREG dispone que, además de quienes incurran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 6 de esta Ley, son inelegibles para el cargo de Alcalde o Concejal los deudores directos o subsidiarios de la correspondiente Corporación Local contra quienes se hubiere expedido mandamiento de apremio por resolución judicial. El artículo 178.1 establece que las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior, lo son también de incompatibilidad con la condición de Concejal. El artículo 6.2.a) del texto legal citado considera que tienen la condición de inelegibles los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena.

En consecuencia, la condena a pena privativa de libertad por sentencia firme es causa de inelegibilidad y, por aplicación del artículo 178.1 de la LOREG, constituye también causa de incompatibilidad con el cargo de Concejal, incompatibilidad cuyo efecto es la imposibilidad de desempeñar el cargo y, en consecuencia, el cese en el mismo.”

En el mateix sentit s’havia pronunciat la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia d’Andalusia, en la seva Resolució número 29/2002, de 15 d’abril (JUR\2002\228652). Aquesta resolució és fruit d’una querella per prevaricació presentada pel regidor cessat (en el mateix cas que l’analitzat per la STS abans reproduïda) contra el Jutge encarregat de l’execució de la sentència penal. La resolució no tant sols desestima la querella, sinó que entra en el fons de l’assumpte, o sigui, si la causa d’incompatibilitat comporta o no el cessament, i a més, analitza també la pena d’inhabilitació pel dret de sufragi passiu. D’acord amb aquesta resolució, la pena d’inhabilitació no comporta incompatibilitat, i per tant no afecta a la condició de regidor, i així ho especifica en el seu fonament de dret CINQUÈ:

“El problema puede suscitarse en relación a si esa pena accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo implica o no la pérdida o suspensión del cargo electivo que venga desempeñando el condenado.

Aun admitiendo que, frente a lo ordenado en la providencia, dicha pena lo único que implica es privar al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos, como se establece en el artículo 44 del Código Penal, ya que la pérdida o suspensión del cargo, de acuerdo con sus precedentes artículos 42 y 43, se fijan para las penas de inhabilitación especial o suspensión de empleo o cargo público, ello no puede implicar que hubiera de tenerse la resolución como injusta a los efectos del artículo 447 del propio Código, ya que, en todo caso, sólo se trataría de un error en la interpretación de la norma, que la convertiría en ilegal, pero nunca en prevaricadora, dado que esa errónea interpretación de la normativa aplicable no podría estimarse como notoria, palpable y aun groseramente contraria a Derecho, como lo pone de relieve que la propia Junta Electoral Central, de la que forman parte varios Magistrados del Tribunal Supremo, así lo entendiera a los efectos de la aplicación de la causa de incompatibilidad en el informe obrante al folio 205.

Si ello de por sí sería ya bastante para no poder tener como prevaricadora la resolución, existe otro argumento de mayor fuerza que así lo avala. Interpuesto el oportuno recurso, el hoy querrellado en su auto de 4 de Abril de 2000 –folio 203–, estimándolo, dejó sin efecto lo acordado, ordenando en su lugar que, no implicando la pena impuesta el cese en su condición de Concejal, se acordaba en su lugar que el penado no podrá ser elegido para cargo público durante el plazo de seis meses, acomodando así en un todo su resolución a lo establecido en el ya citado artículo 44 del Código Penal. Ello hace que haya de estimarse de total aplicación al presente caso el conocido principio de la intervención mínima, que, por estimar a la vía represiva como la última "ratio", impide avocar a ella la resolución de aquellas irregularidades que puedan ser

subsanas en otras menos onerosas, que es precisamente lo aquí presentado, dado que fue el propio querellado quien, a través de la vía del recurso ordinario interpuesto, corrigió la anomalía en que podía haberse incurrido en la providencia.”

No obstant, la pena privativa de llibertat si que comporta el seu cessament, tal i com argumenta en el seu fonament de dret DOTZE:

“ Es cierto que el artículo 6.2.a) de la repetida Ley Orgánica del Régimen Electoral General establece como causa de inelegibilidad la condena por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena. Ahora bien, en sus artículos 177.2 y 178.1 lo único que se establece es que las causas de inelegibilidad –todas las comprendidas en su artículo 6 y en el 177.1 y no exclusivamente la condena a pena privativa de libertad– lo serán también de incompatibilidad con la condición de Concejal, sin hacer ya referencia alguna a que la incompatibilidad por la condena a pena privativa de libertad sólo pueda operar en el período que dure la pena.

La razón de ello es clara al no poder equipararse la inelegibilidad con la incompatibilidad. Es lógico que para la primera se puntualice que sólo operará en el período que dure la pena de prisión que la comporta y no la pérdida definitiva de su derecho a ser elegido, ya que esto último iría contra el derecho reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución. Por el contrario, la incompatibilidad para el cargo de Concejal que también implica aquella pena lleva consigo la pérdida del cargo de Concejal que se esté ocupando en aquel momento, sin perjuicio, claro está, de que, una vez cumplida la pena de prisión y desaparecida ya la incompatibilidad, el condenado pueda volver a ser elegido para tal cargo. Si el legislador hubiera querido que la condena a pena privativa de libertad sólo implicara la pérdida del cargo de Concejal durante el tiempo de la condena lo que hubiera dicho es que durante dicho período quedaría suspendido en tal cargo, pero no que ello fuera causa de incompatibilidad con el mismo, que, se repite y como se pasa a razonar, supone la pérdida del cargo que en ese momento se esté desempeñando.

Ello se desprende de los propios términos de la repetida Ley Orgánica, en relación con el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de Noviembre. En el artículo 182 de aquella Ley se establece que "en caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de un Concejal, el escaño se atribuirá al candidato o, en su caso, al suplente de la misma lista...". Habiendo de estimarse a estos efectos que la incompatibilidad con el cargo de Concejal es análoga y equiparable a la incapacidad para dicho cargo, parece claro que aquélla produce su pérdida, puesto que de no ser así sino que sólo se tratara de una suspensión temporal, no podría atribuirse el cargo a otro candidato distinto. Más clara aún se presenta la cuestión de acuerdo con el Reglamento también citado, cuyo artículo 9 establece que, entre otros, se perderá la condición de Concejal por incompatibilidad, en los supuestos y condiciones establecidos en la legislación electoral. A mayor abundamiento

conviene recordar que, fijado en el número 2 del artículo 178 de la Ley Orgánica como causas de incompatibilidad el ejercicio de determinadas profesiones o cargos, que son distintas de las establecidas en su número 1 – entre las que figura la que aquí se trata–, su número 3 establece que cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia –lo que implica la pérdida– 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, por lo que, si en el caso de que la incompatibilidad se deba a la condena a pena privativa de libertad es evidente que el afectado no puede optar por el abandono de la situación que lo motiva, habrá de concluirse que la incompatibilidad impondrá la pérdida del cargo de Concejal.”

En el mateix sentit es pronuncia una recent sentència de la Sala Contenciós administrativa del Tribunal Superior de Justícia d’Aragó de 2 de juliol de 2015 (JUR\2015\185244). En el seu Fonament de Dret CINQUÈ especifica:

“ Consecuencia de todo lo hasta aquí dicho, no puede ser sino el erróneo planteamiento de la apelante de su pretensión. Los términos de la Ley son claros: las causas de inelegibilidad, lo son también de incompatibilidad. El apelante incurrió en causa de incompatibilidad, y el Pleno del Ayuntamiento no disponía de más alternativa que declararlo así. Y esto es evidente en el plano mismo de los principios del sistema representativo, dado que las causas de inelegibilidad e incompatibilidad, afectan a la válida conformación y permanencia en el tiempo de la relación representativa que se traba entre el electo y los electores, el cuerpo electoral, consecuencia de la cual es la concurrencia de aquél a la conformación del órgano representativo de gobierno -el Ayuntamiento, su Pleno-, de suerte que en tal relación, en su defectuosa conformación por resultar elegido quien no era elegible, por falta de capacidad jurídica para ello o por concurrir causa de inelegibilidad, devenida luego en incompatibilidad si surge con posterioridad, el órgano representativo es dañado, afectado por tal patológica conformación o por su aparición posterior, de suerte que sólo tendrá potestad de sanación de tal defecto, previa constatación, que no apreciación, de la concurrencia de causa de inelegibilidad o incompatibilidad expresamente prevista en la Ley que afecta exclusivamente a la relación representativa, al derecho de participación política del que es titular, exclusivo y excluyente, el ciudadano como tal, no la institución cuya voluntad se ve conformada por su concurrencia a la misma por consecuencia de la elección.”

El Tribunal Constitucional també manté el criteri que l’existència d’una causa d’incompatibilitat comporta o la inelegibilitat, o el cessament en el cas que s’exerceixi el càrrec. En aquest sentit es pronuncia la STC número 155/2014, de 25 de setembre (RTC\2014\155), en el seu Fonament jurídic SEGON, que també remet a la STC núm. 45/1983 de 25maig (RTC 1983\45):

“ 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 o, en términos de este Tribunal “nuestro sistema es el de la concurrencia de supuestos de inelegibilidad, que impiden el convertirse, en quien concurren, en sujeto pasivo de la relación electoral, y de supuestos de incompatibilidad, en los que se transforman las de inelegibilidad que dice el art. 4, 5 y 6, operando, en su caso, impidiendo el acceso al cargo o el cese en el mismo, de modo que aquellos, proclamados y aún elegidos, que han quedado posteriormente afectados por tales causas, incurrir en incompatibilidad. La causa sobrevenida opera así como supuesto de incompatibilidad, generadora, no de la invalidez de la elección, sino de impedimento para asumir el cargo electivo o de cese, si se hubiera accedido al escaño” (STC 45/1983, de 25 de mayo, FJ 5).”

En definitiva, la pena privativa de llibertat, per sentència ferma, és causa d'incompatibilitat, i en el cas d'un regidor que es trobi en aquest supòsit ha de procedir al cessament del seu càrrec.

d.- Inhabilitació especial pel dret de sufragi passiu

La inhabilitació especial pel dret de sufragi passiu no està prevista en la LOREG ni com a causa d'inelegibilitat ni com a causa d'incompatibilitat, més enllà dels supòsits regulats a l'article 6.2.b per delictes de rebel·lió, terrorisme, contra l'administració pública o contra les institucions de l'Estat, que no és el cas.

Per tant, les conseqüències d'aquesta condemna s'han d'analitzar des de l'òptica del dret penal. En aquest sentit, l'article 44 del Codi Penal estableix:

Artículo 44

La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos.

El precepte és prou clar i deixa pocs dubtes en quan a la seva interpretació. Per tant, el seu únic efecte, és privar la possibilitat de ser elegit per un càrrec públic durant el temps de durada de la condemna. Però en cap cas inhabilita per a l'exercici del càrrec públic que ja es tingui.

3.- Informe

De l'anàlisi del que s'ha exposat en els fonaments de dret, s'ha de concloure:

- Les penes privatives de llibertat, quan esdevenen fermes, comporten una causa d'incompatibilitat amb la condició de regidor d'un Ajuntament, i en conseqüència, el seu cessament en el cas que estigui en exercici del càrrec. Per tant, en el cas que la sentència que condemna la Consellera Laia Estrada Cañón

- a 3 mesos de presó esdevingui ferma, haurà de cessar de forma immediata en el càrrec de Consellera de l'Ajuntament de Tarragona.
- La pena d'inhabilitació especial per l'exercici del dret de sufragi passiu no inhabilita pel càrrec de regidor, i per tant de Consellera de l'Ajuntament de Tarragona. Tant sols comporta que, durant el temps de la condemna, no es pot ser elegit per a càrrecs públics.

Això, sense perjudici de qualsevol altra opinió millor fonamentada.

Tarragona, 11 de gener de 2017

EL SECRETARI

Joan Anton Font Monclús