



**AYUNTAMIENTO
DE
ARONA**

SECRETARÍA GENERAL

En relación con escrito presentado por varios miembros de la Corporación de fecha 15 de Octubre y registro de entrada 88857, adjuntando a esta Secretaría copia testimoniada de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Santa Cruz de Tenerife, procedimiento número 248/2009, a los efectos de asesoramiento jurídico a la Corporación, vengo en informar:

ANTECEDENTES DE HECHO

Visto. Actas de los Acuerdos adoptados por el Ayuntamiento Pleno, en sesión ordinaria de fechas 31 de Julio y 28 de Septiembre del corriente año, en las que se pone de manifiesto por parte de varios miembros de la Corporación la existencia de Sentencia condenatoria a D. José Alberto González Reverón, como autor penalmente responsable de un delito continuado de Prevaricación del artículo 404 del Código Penal.

Visto: Escrito remitido por parte de esta Secretaría al Alcalde Presidente, de fecha 4 de Septiembre de 2012, en el que se le recuerda la obligatoriedad de poner en conocimiento de la Corporación cualquier hecho que pudiera constituir causa de incompatibilidad, en virtud de lo establecido en el artículo 10 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales, aprobado por RD 2568/86, de 28 de noviembre (en adelante ROF) y escrito reiterando esa obligatoriedad con fecha 2 de Octubre de 2012, solicitando se ponga a disposición de la Corporación la referida Sentencia, a fin de comprobar si concurre causa de incompatibilidad establecida en la LOREG.

Visto.- Mediante escrito de fecha 15 de Octubre y registro de entrada 88857, **recibido en esta Secretaría con fecha 16 de Octubre,** los miembros de la Corporación: D. Dionisio Rocha, con DNI. [REDACTED], Don José Luis Gómez, con DNI [REDACTED], Doña Raquel García, con DNI. [REDACTED] D. José Antonio Reverón, con DNI [REDACTED] D. José Julián Mena Pérez, con DNI [REDACTED] D. Gerardo Mesa, con DNI [REDACTED], adjuntan copia testimoniada de Sentencia, de fecha 28 de Junio de 2012, del Juzgado de lo Penal núm 1 de Santa Cruz de Tenerife, recaída en el Procedimiento número 248 / 2009 , cuyo fallo expresa literalmente : *"Que debo condenar y condeno al acusado D. José Alberto González Reverón como autor penalmente responsable de un delito continuado de PREVARICACIÓN del artículo 404 en relación con el artículo 74 del Código Penal, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE INHABILITACIÓN PARA CARGO PÚBLICO*

en la Administración local y con privación del cargo de Alcalde Presidente y de los honores anejos y a la incapacidad para obtener este mismo cargo u otros en la Administración Local, durante el tiempo de la condena. Se le condena igualmente al abono de la mitad de las costas procesales."

Visto.- Que con fecha 19 de Octubre de 2012, se eleva por parte de esta Secretaría vía fax consulta a la Junta Electoral Central, con carácter urgente, a los efectos formales de adopción de Acuerdo Plenario en esta materia, dado lo novedosa que es la Ley, pendiente de contestación por parte de la misma.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Visto. Dispone el artículo 73 de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local en su apartado 1 que la determinación del número de miembros de las Corporaciones Locales, el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad se regularán en la legislación electoral.

Visto. El artículo 9 Reglamento de Organización, Funcionamiento de las Entidades Locales, aprobado mediante RD 2568/1986, de 28 de Noviembre (en adelante, ROF) señala, entre otras, como causa de pérdida de la condición de concejal la incompatibilidad, en los supuestos y condiciones establecidos en la legislación electoral.

Por lo tanto, existe una remisión a la Ley de Régimen Electoral en materia de incompatibilidad. Los efectos de la incompatibilidad, son ope legis y deben ser interpretados, como puso de manifiesto el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que las causas de incompatibilidad establecidas en la LOREG, en tanto en cuanto son excepciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de forma restrictiva y literal. Por ello el Alto Tribunal establece que estas figuras están sometidas a una reserva a la Ley Electoral (STC 72/1984) y no pueden interpretarse de forma extensiva puesto que tanto unas como las otras suponen una limitación al derecho de acceso al cargo público representativo. (STS Sala de lo contencioso-administrativo, sección 4.ª, de 26 de abril de 2002). En este mismo sentido la STS 11/1987, dispone *.."El artículo 23.2 garantiza el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalan las leyes, derecho que implica, como señala reiterada doctrina del Tribunal Constitucional -S. de 28 de Febrero de 1984 (RTC 1984\28)-, el de no ser removidos de los mismos si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos. La referencia que hace el precepto a «los requisitos que señalan las leyes» permite entrar a examinar si se ha dado o no causa legal para la destitución, es decir, con relación al caso actual, si la causa de incompatibilidad que sirvió de fundamento a la declaración que contiene el acto recurrido se produjo, y si tal declaración se hizo cumpliendo los condicionamientos legales. La legislación vigente en materia de incompatibilidades de miembros de las Corporaciones Locales está constituida por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio (RCL 1985\1463 y ApNDL 1975-85, 4080), sobre Régimen Electoral General, a la que se llega por la remisión que a la misma hace el artículo 73.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril"*

Visto.- Artículo 6.2 b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante LOREG), redacción dada según Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero.

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.”

La Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, crea un nuevo supuesto de inelegibilidad del artículo 6.2b) LOREG y por lo tanto de incompatibilidad: La condena por Sentencia, aunque no sea firme, por delitos contra la Administración Pública, cuando la misma establece la pena de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos establecidos en la legislación penal, que hasta este momento solamente abarcaba los delitos de rebelión, de terrorismo o contra las Instituciones del Estado. Por delitos contra la Administración Pública cabe entender los tipificados en el Código Penal en el Título XIX, artículos 404 a 445, entre los que se encuentra el de Prevaricación administrativa.

Esta previsión del artículo 6.2 b) se complementa con lo establecido en el artículo 177.2 de la misma ley que establece : “Son inelegibles para el cargo de Alcalde o Concejál quienes incurran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 6 de esta Ley y, además, los deudores directos o subsidiarios de la correspondiente Corporación Local contra quienes se hubiera expedido mandamiento de apremio por resolución judicial. Así mismo, el artículo 178 de la LOREG dispone, en relación con el artículo 6.4 de la misma Ley, que las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior, lo son también de incompatibilidad con la condición de concejál.

La razón de esta remisión hay que buscarla en el lapso temporal en que opera la condición de inelegible, que abarca desde el mismo día de la presentación de su candidatura hasta la celebración de las elecciones (art. 7 LOREG), de forma que, una vez producida la elección, en propiedad ya no puede hablarse de inelegibilidad. Por el contrario, las causas de incompatibilidad son posteriores a la adquisición de la condición de Concejál. De ahí que, de darse un supuesto de inelegibilidad durante el mandato corporativo, se hable de incompatibilidad.

Para más aclaración, la Junta Electoral Central en sesión de fecha 17/09/2009, acuerda: “1º) *El supuesto de inelegibilidad electoral previsto en el artículo 6.2.b) de la LOREG, según el cual son inelegibles los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo o contra las instituciones del Estado, cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en los términos previstos en la legislación penal, lo es también de incompatibilidad con el cargo de concejál, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 178.1 de la LOREG.* 2º) *En el caso de que el miembro de una corporación local incurra en el supuesto indicado en el apartado anterior, procede que el Pleno del Ayuntamiento declare dicha incompatibilidad así como la vacante correspondiente, poniendo el hecho en conocimiento de la Administración Electoral a los efectos previstos en el artículo 182 de la LOREG, según establece el artículo 10 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.*

Hay que tener en cuenta que en este Acuerdo de la JEC no se encuentran los delitos contra la Administración Pública por ser anterior a la reforma Ley Orgánica 3/2011, de 28 de Enero. No obstante, de "lege ferenda" se podría aplicar al supuesto que nos ocupa.

Más reciente es el Acuerdo de la Junta Electoral Central, de 27 de Septiembre de 2012, en el que se dispone: *"Esta Junta tiene declarado que el nuevo supuesto de inelegibilidad introducido por la Ley Orgánica 3/2011 en el artículo 6.2.b) LOREG, relativo a los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos contra la Administración Pública, debe aplicarse, teniendo en cuenta los principios de interpretación estricta de las normas penales y de interdicción de una interpretación extensiva de las causas de inelegibilidad, a los delitos tipificados en el Título XIX del Código Penal, esto es, en los artículos 404 a 445 (Acuerdo de 3 de marzo de 2011), entre los que se encuentra el previsto en el artículo 440 del citado texto legal)*

Dichas causas de incompatibilidad, han de apreciarse por la propia Corporación, previa puesta en conocimiento de ella por el Concejal a quien afecte. Es obligación de todos los concejales observar en todo momento las normas sobre incompatibilidad, debiendo poner en conocimiento de la Corporación cualquier hecho que pudiera constituir causa de la misma (artículo 10.1 ROF).

Otra Sentencia a destacar sobre esta materia es la *STC 75/1983...* "los supuestos de incompatibilidad, en los que se transforman las de inelegibilidad que dice el artículo 4.º, 5 y 6, operando, en su caso, impidiendo el acceso al cargo o el cese en el mismo, de modo que aquéllos, proclamados y aun 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.

Visto.- Que el artículo 404 del Código Penal al que se refiere la Sentencia, está integrado en el título "Delitos contra las Administraciones Públicas, a los que alude el artículo 6.2 b) de la LOREG.

Se trata de una condena por sentencia, aunque no sea firme, por delitos contra la Administración pública, estableciendo la misma la pena de inhabilitación y de suspensión para cargo público en los términos de la legislación penal, por lo tanto se ha incurrido en el caso concreto en una causa de incompatibilidad, sin necesidad de esperar a la firmeza de la sentencia, lo que implica el cese en el cargo que se viene desempeñando.

A mayor abundamiento, es importante destacar que las medidas administrativas a adoptar por parte de la Administración en los supuestos establecidos por ley ante la existencia de Sentencia no firme, son independientes de la ejecución de Sentencia (que le corresponde a los órganos jurisdiccionales en el momento en que adquiera firmeza la misma, en virtud de lo establecido en el artículo 3 del CP).

En este sentido, la STSJ de Andalucía 29/2002, expresa "..." *el cese se acordó por el Ayuntamiento como consecuencia "no de la ejecución de la pena de inhabilitación que sí controla este Juzgado, sino en cumplimiento de normas administrativas que este juzgador no puede controlar"...* "de lo que se trataría no sería que el cese se hubiera producido porque el Juzgado así se lo hubiera ordenado o interesado al Ayuntamiento para el cumplimiento de la pena de inhabilitación, lo que ya se dijo que en momento alguno se acordó, sino de la corrección o incorrección del acuerdo en relación con lo establecido en las correspondientes normas administrativas,..." *"En consecuencia, siendo consciente el hoy querellado de que, estableciendo*

el apartado a) del artículo 6.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General que son inelegibles los condenados a pena de prisión, lo que, a su vez, sus artículos 177.2 y 178.1 lo convierten en causa, no sólo de inelegibilidad, sino también de incompatibilidad con los cargos de Alcalde o Concejal ..., y siendo totalmente distintos la ejecución penal de una sentencia y las consecuencias administrativas que la sentencia firme pueda producir.” “Con ello se están confundiendo dos cosas distintas, cuáles son, de un lado, los efectos que penalmente deba comportar una sentencia condenatoria y, de otro, las consecuencias administrativas que pueda llevar consigo dicha sentencia. Es decir, una cosa es que sea el órgano judicial el único competente para acordar lo procedente en cuanto al cumplimiento de las penas impuestas –y otra muy distinta que si esa condena, por haberse impuesto pena privativa de libertad y con arreglo a lo establecido en los ya citados artículos 6.2.a), 177.2 y 178.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (RCL 1985, 1463; RCL 1986, 192 y 4080) , debe llevar consigo el cese como Concejal del condenado, haya de ser el propio Juzgado, y no la Administración local, quien así lo acuerde.”

Una vez aclarado que estamos ante un supuesto de incompatibilidad “ex lege”, que implicaría el cese en su condición de concejal, es necesario aclarar cuál sería el procedimiento a seguir por parte de la Administración:

El procedimiento a seguir vendría determinado en el artículo 182 de la LOREG, así como en la Instrucción de 10 de Julio de 2003, de la Junta Electoral Central, sobre sustitución de cargos representativos locales:

«1. Cuando se presente escrito de renuncia o se produzca el fallecimiento u otro supuesto de pérdida del cargo de Concejal, Alcalde pedáneo, Consejero comarcal o de otro cargo representativo local; el Pleno de la entidad local de la que forme parte tomará conocimiento de la misma, remitiendo certificación del acuerdo adoptado a la Junta Electoral de Zona, durante el período de mandato de la misma, en orden a las elecciones locales, y a la Junta Electoral Central una vez concluido el mandato de aquélla, a los efectos de proceder a la sustitución; conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Electora General, indicando el nombre de la persona a la que, a juicio de la Corporación, corresponde cubrir la vacante.

(...)

3. Recibida la certificación de la Corporación local de toma de conocimiento del cese en el cargo representativo local, la Junta Electoral expedirá la credencial acreditativa de la condición de electo en favor del candidato al que corresponde cubrir la vacante producida, credencial que se remitirá a la Corporación local de la que aquél forme parte. La Corporación local notificará de modo fehaciente al interesado la recepción de la credencial a los efectos establecidos por la normativa de régimen local (...).

A mayor abundamiento, el Acuerdo de la Junta Electoral Central, de 27 de Septiembre de 2012 establece que para que la Junta Electoral Central pueda expedir la credencial del sustituto de un miembro de la Corporación Local que haya sido condenado a la pena de inhabilitación específica para dicho cargo no es preciso que el candidato afectado renuncie, sino que es el Pleno de la Corporación el que, una vez constatada la aplicación efectiva de la pena al cargo en cuestión, toma conocimiento de ello y solicita expresamente a la Junta Electoral Central la expedición de credencial al candidato siguiente de la lista de la correspondiente formación política.

«(...) Ambas declaraciones, efectuadas en los momentos y en los respectivos, se llevarán a cabo antes de la toma de posesión (...). Tales declaraciones se inscribirán en sendos Registros de Intereses constituidos en cada Corporación Local (...)».

Seguidamente, ha de iniciarse el proceso de toma de posesión del nuevo Concejal. Para ello, se convocará sesión Plenaria (puede ser ordinaria, extraordinaria o extraordinaria y urgente), con objeto de tratar el asunto de toma de posesión del nuevo Concejal que referimos. El Pleno comprobará la credencial presentada, y el Concejal procederá entonces a acatar la Constitución y acreditará haber realizado las declaraciones de causas de incompatibilidad, actividades, ingresos y patrimonio (todo ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 108.8º LOREG).

Por lo expuesto, se CONCLUYE: De una interpretación literal de la ley, la existencia de una Sentencia dictada en primera instancia, aunque no haya adquirido firmeza, **determina la concurrencia de una causa de incompatibilidad** conforme a lo dispuesto en el artículo 177.2 de la LOREG en relación con el artículo 6 y 178 de la misma Ley 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. Como consecuencia, el Ayuntamiento en Pleno deberá llevar a cabo las siguientes actuaciones:

- 1.- Tomar conocimiento de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo penal número 1, procedimiento 248/2009, por la que se condena a **D. José Alberto González Reverón como autor penalmente responsable por un delito de prevaricación del artículo 404 del CP, que consecuentemente determina la concurrencia de una causa de incompatibilidad "ex lege", produciéndose el cese en el cargo público.**
- 2.- Remisión del Acuerdo Plenario a la Junta Electoral Central siguiendo los trámites establecidos en la Instrucción de 10 de julio de 2003.

Es cuanto tengo que informar.

En Arona, a 22 de Octubre de 2012.