TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: CUARTA

Auto núm. /

Fecha del auto: 16/05/2023

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Nº: REC.ORDINARIO(c/a)-582/2023

Fallo/Acuerdo: Auto Desestimando

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Procedencia: T.SUPREMO SALA 3A. SECCION 4A.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: rsg

Nota:

Resumen

Auto denegando medida cautelar de suspensión del acuerdo impugnado.

NOTA.- Se advierte que, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en relación con lo regulado en el art. 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta resolución o acto de comunicación son confidenciales y su traslado o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento esté prohibida, sin perjuicio de las competencias que al Consejo General del Poder Judicial se le reconocen en el art. 560.1 - 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/a) - 582/ 2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: CUARTA

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.ª Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.ª María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 16 de mayo de 2023.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

HECHOS

PRIMERO.- De conformidad con el artículo 115 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), la representación procesal de doña Laura Borràs i Castanyer interpone recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales contra el acuerdo de la Junta Electoral Central (en adelante, JEC), de 3 de mayo de 2023, dictado en el expediente 251/687 y en el que se resolvió lo siguiente:

> «*1º.- Declarar que concurre en doña Laura Borràs i Castanyer la causa de inelegibilidad sobrevenida del artículo 6.2b) de la LOREG, y la consiguiente incompatibilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 6.4 de la LOREG, por haber sido condenada por Sentencia de 29 de marzo de 2023, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de empleos o cargos públicos electivos por considerarla responsable de un delito de prevaricación administrativa tipificado en el artículo 404 del Código Penal, precepto incluido en el título XIX del Libro II del Código Penal, cuya rúbrica es la de "delitos contra la Administración Pública.*
>
> »*2º.- Dejar sin efecto la credencial de la diputada electa al Parlamento de Cataluña por la circunscripción electoral de Barcelona, doña Laura Borràs i Castanyer, declarando su vacante y expedir la credencial al siguiente candidato de la lista de la formación política con la que concurrió a las elecciones de 14 de febrero de 2021*.»

SEGUNDO.- En el Otrosí digo de su escrito de interposición solicita lo siguiente:

> «…*Que, de conformidad con los argumentos precedentes, de acuerdo con el artículo 135.1 LJCA, se acuerde:*

»*a) Suspender cautelarmente el* Acuerdo de la Junta Electoral Central de 3 de mayo de 2023 (expediente nº 251/687).

»*b) Comunicar Electoral inmediatamente dicha suspensión a la Junta Central.*»

TERCERO.- Por auto de 8 de mayo de 2023 se acordó lo siguiente:

«*PRIMERO.- Denegar la medida cautelar pretendida por DOÑA LAURA BORRÀS I CASTANYER*

»*SEGUNDO.- Incoar incidente cautelar ordinario, concediendo a la representación procesal de la Junta Electoral Central y al Ministerio Fiscal un plazo común que finalizará a las 15:00 horas del viernes 12 de mayo de 2023 para que efectúen alegaciones sobre la medida cautelar.*»

CUARTO.- Dentro del plazo concedido, tanto la representación procesal de la Junta Electoral Central como el Ministerio Fiscal hicieron alegaciones, oponiéndose ambos a la adopción de la medida cautelar.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La parte recurrente sostiene la pertinencia de acordar la suspensión cautelar del acuerdo impugnado con base en estas razones, expuestas en síntesis:

1. Parte de la nulidad de pleno Derecho del acuerdo de la JEC, apreciable *ictu oculi*, por arbitrario e ilegal y contrario a los artículos 14 y 24 de la Constitución, aparte de que la Junta es incompetente al revisar lo resuelto, sin firmeza, por la jurisdiccional penal; además al impedirle el ejercicio del cargo genera un grave conflicto constitucional al usurpar competencias del Parlamento catatán.

2. La declaración de su escaño como vacante, de ejecutarse, y la designación del sustituto harían perder su finalidad legítima al presente recurso, para lo que cita los precedentes de esta Sala que estima aplicables, así como del Tribunal Constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 28/1984 y 7/1992).

3. En los autos 981/1988 y 54/1989, el Tribunal Constitucional resolvió sobre la suspensión cautelar, apreciando que su denegación privaría -en ese caso- al recurso de amparo de su finalidad pues «*el tiempo de privación del cargo sería irrecuperable*»; tal apreciación se extiende a la sustitución pues el amparo lo promovió el parlamentario afectado. Invoca también los autos 18/2002 y 23/2017 del Tribunal Constitucional a propósito del ejercicio de la función representativa del cargo parlamentario, si bien referidos a casos distintos del ahora litigioso.

4. En cuanto a la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, cita el auto 19/2012, del Tribunal Constitucional, referido al cese del rector de una universidad derivado de una sentencia firme. En ese caso se ponderó la regla general de mantener el cumplimiento de las sentencias con la imposibilidad, de no suspenderse, de concurrir a un nuevo proceso electoral, lo que se consideró un daño al menos de difícil reparación.

5. En este caso se trata de suspender “un acto groseramente antijurídico” que ocasiona perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, lo que apoya con la cita del auto 54/1989, también del Tribunal Constitucional, referido a la prevalencia de los derechos políticos, como del funcionamiento efectivo del Parlamento en cuanto que la ejecutividad del acto impugnado perturba el funcionamiento ordinario del Parlamento catalán y afecta a la composición, fruto de la voluntad ciudadana.

6. Invoca la inconstitucionalidad del artículo 6.2.b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG), en relación con su artículo 6.4 por vulnerar el derecho de sufragio pasivo y la presunción de inocencia, lo que ha servido a esta Sala para estimar medidas cautelares (cfr. auto de 25 de septiembre de 2019, recurso contencioso-

administrativo 278/2019), por lo que interesa el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad así como de otra prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal se opone a la medida cautelar con base en estos razonamientos expuestos en síntesis:

1. Tras dejar constancia de que la recurrente plantea cuestiones más propias del fondo que de un incidente cautelar, recuerda el fundamento de la tutela cautelar en este orden jurisdiccional y que sobre la causa de inelegibilidad aplicada ya se ha pronunciado esta Sala (autos de 23 de enero de 2020 y de 14 y 17 de febrero de 2022, recursos contencioso-administrativos 8/2020, 66 y 86/2022, respectivamente).

2. De tales pronunciamientos se deduce que la JEC tiene competencia para acordar lo impugnado -así lo ha declaro esta Sala- y con ello no ha hecho sino aplicar lo previsto en la LOREG, norma sobre cuya constitucionalidad no ha dudado tampoco la Sala, lo que excluye apelar a un *fumus boni iuris*. Además ya la LOREG ha ponderado los intereses en conflicto, de un lado, implican la privación del escaño en cuanto privación del ejercicio del derecho de participación política ex artículo 23 de la Constitución y, de otro, los intereses generales cuando esa privación trae su causa de una condena penal.

3. En cuanto a la irreparabilidad del perjuicio, admite que la privación del escaño causa un perjuicio pero no irreversible pues una eventual sentencia favorable haría reversible la situación creada.

4. Rechaza que se cause una perturbación grave en la composición y funcionamiento del Parlamento catalán, ante todo porque no sirve como precedente lo resuelto por auto de esta Sala de 16 de julio de 2018; además porque este alegato se hace sin argumentación que lo apoye y porque la sustitución que se acuerda no altera las mayorías.

5. Finalmente rechaza que la ejecutividad del acuerdo impugnado vulnere su derecho a la tutela judicial efectiva pues, en su contenido, la cautelar no difiere del contenido esencial de la misma: derecho a obtener una decisión motivada en Derecho que exponga que la medida interesada no es necesaria para asegurar el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva favorable.

TERCERO.- La Junta Electoral Central se opone también a la medida cautelar con base en estos razonamientos expuestos en síntesis:

1. Invoca los precedentes resueltos ya en las sentencias 572 y 1061/2021, de 28 de abril y 20 de julio (recursos contencioso-administrativo 18 y 8/2020), respectivamente, 1586/2022 y 444/2023, de 30 de noviembre y 30 de marzo (recursos contencioso-administrativos 86/2022 y 66/2022, respectivamente), de esta Sala y Sección, recursos contencioso-administrativos en los que en sede de medidas cautelares se dictaron autos 23 de enero de 2020 y de 14 de febrero de 2022. Todos esos precedentes son ignorados por la recurrente.

2. Tras recordar la jurisprudencia sobre la tutela cautelar ex artículo 130 LJCA así como la doctrina constitucional elaborada en sede de amparo, rechaza que la ejecutividad del acuerdo impugnado cause un perjuicio irreparable en los derechos fundamentales de la recurrente, capaz de hacer perder la finalidad legítima al recurso, para lo que invoca nuestra sentencia 844/2019 como prueba de que es posible la reversibilidad.

3. Rechaza que esa ejecutividad sea capaz de perturbar el funcionamiento de la institución parlamentaria así como que prive a la recurrente del escaño, lo que es la consecuencia consustancial al artículo 6.2 de la LOREG, sin que la suspensión pueda aplicarse a modo de consecuencia automática, lo que llevaría a la inaplicación práctica en muchos supuestos de las causas de inelegibilidad (cfr. auto de 23 de enero de 2020 y 14 de febrero de 2022).

4. Respecto del *periculum in mora* que alega la recurrente, dice que la valoración circunstanciada no le favorece, aparte de que junto al interés general está el interés que tenga quien le sustituya. Además concurre otro interés derivado de la LOREG de la aplicación de la propia ley basada en unas circunstancias objetivas como son la condena por un delito y las consecuencias jurídico-electorales que la LOREG prevé para esos supuestos. El criterio que en estos casos sigue el Tribunal Constitucional lo siguió esta Sala en el ya citado auto de 23 de enero de 2020.

5. Respecto del *fumus boni iuris*, es criterio jurisprudencial que su apreciación sea estricta y exige que la solidez de acción sea manifiesta, evidente y rotunda, lo que no es el caso, remitiéndose de nuevo a lo resuelto en los autos de 23 de enero de 2020 y 14 de febrero de 2022 en relación con las sentencias en la que esta Sala ya ha interpretado la causa de inelegibilidad aplicada.

6. En cuanto a las resoluciones de esta Sala que la recurrente invoca (sentencia 844/2019 y auto de 16 de julio de 2018, ambas dictadas en el recurso contencioso-administrativo 252/2018), señala que se refieren a un caso distinto; y rechaza la valoración de las las sentencias 28/1984 y 7/1992, del Tribunal Constitucional, pues la primera es anterior a la LOREG y la segunda se dicta cuando no se había incorporado a tal ley orgánica la norma aplicada.

7. Finalmente, respecto de la invocación por la recurrente de los autos 18/2002 y 23/2017 del Tribunal Constitucional, la rechaza porque resolvieron lo contrario de lo que ahora pretende la recurrente.

CUARTO.- Como advierten el Ministerio Fiscal y la representación de la JEC, la pretensión cautelar se plantea en términos análogos a los de otros recursos en los que ya se ha pronunciado esta Sala y Sección, sin que la recurrente aluda a nuestra jurisprudencia. En lo que hace a los alegatos referidos al fondo, prescinde de lo resuelto en las sentencias 572 y 1061/2021 antes citadas; y en cuanto a la tutela cautelar, prescinde de lo resuelto en los autos

de 10 y 23 de enero de 2020 y en los más recientes autos de 14 y 17 de febrero 2022.

QUINTO.- Centrándonos en la cognición especifica de la tutela cautelar, en los precedentes antes citados hemos declarado a efectos del eventual *periculum in mora* lo siguiente:

1º En cuanto a la ejecutividad de acuerdos como el impugnado, no hemos apreciado que cause un daño irreparable. La sentencia 844/2019, de 18 de junio, y el auto que le precedió de 16 de julio de 2018 (recaídos ambos en el recurso 252/2018), muestran la posibilidad de suspender y, en su caso, anular la credencial emitida por la Junta Electoral Central al sustituto si es que se declara improcedente al perder su apoyatura legal.

2º Frente al alegato de que sería insuficiente una sentencia tardía estimatoria, su planteamiento, aparte de cuestionar la constitucionalidad de la norma, llevaría a un automatismo en la aplicación de la tutela cautelar que haría inútil las previsiones del artículo 6.2 b) de la LOREG, con el efecto de la inaplicación práctica de las causas de inelegibilidad previstas en los apartados a) y b) del artículo 6.2 LOREG pues, una vez concedida la protección cautelar, bastaría dilatar la tramitación del recurso hasta la finalización de la legislatura. En todo caso la Sala está en condiciones de resolver sobre el fondo en un plazo razonable.

SEXTO.- En cuanto a la ponderación de intereses en liza, hemos considerado que el interés general que debe prevalecer es el que está presente en la sentencia condenatoria a la que los artículos 6.2 b) y 6.4 LOREG conectan las consecuencias jurídico-electorales que aprecia el acuerdo recurrido. En este momento, más bien, la apariencia de buen derecho se torna contraria a la suspensión, sin que prejuzguemos el fondo del asunto. Además -como recuerda el Ministerio Fiscal- ya la propia LOREG hace tal ponderación del interés general afectado como consecuencia de la condena penal de un representante parlamentario.

SÉPTIMO.- Lo expuesto bastaría para rechazar la pretensión cautelar, pero la recurrente dedica gran parte de su extenso escrito a justificar la relevancia constitucional del pleito -lo que no se discute- y lo hace con base en unos alegatos que también inciden en la pertinencia de la medida cautelar. Así, en cuanto a los efectos desfavorables derivados de la sentencia penal condenatoria, aunque no sea firme, hemos declarado que afectan al fondo del recurso y, además, lo siguiente:

1º Que las consecuencias son las que la LOREG le atribuye; asimismo hemos señalado que el proceso contencioso-administrativa no es idóneo discutir sobre los efectos penales de la sentencia condenatoria.

2º No hemos apreciado que haya vulneración de derechos fundamentales propios de la dimensión penal del caso y que se enumeran además en forma imprecisa, como el derecho a la legalidad penal, al juez ordinario predeterminado por la ley, a la presunción de inocencia o a la doble instancia penal.

3º También hemos rechazado en este momento la pertinencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad y en nuestra sentencia 438/2019, de 1 de abril (recurso de casación 5590/2017), razonamos que la reforma de la LOREG por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, buscaba una mayor protección de las instituciones públicas, intensificando las consecuencias de la pena de inhabilitación especial de empleo o cargo público, por la ejemplaridad social exigible a quien ejerce función pública, máxime si es representante de los ciudadanos (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 151/1999, FJ 3 y Fallo).

4º Tras esa sentencia 438/2019, carece de consistencia invocar el artículo 23 de la Constitución en relación con el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El artículo 6.2 b) de la LOREG parte de que una sentencia penal, aunque no sea firme, altera la relación representativa y la extingue por ministerio de la ley, lo que enerva la invocación del artículo 23 de la Constitución.

5º También hemos declarado que la LOREG se debe aplicar conforme al principio de igualdad, como exige el artículo 8.1 de la misma y reiteramos que los preceptos de la LOREG aplicados están dentro del margen que el Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos concede a los Estados sin que se vean afectadas las libertades ideológicas, de expresión y reunión.

6º En cuanto a la vulneración del derecho de sufragio activo (artículo 23.1 de la Constitución) basta estar al auto del Tribunal Constitucional 2/2018 que declara que lo propio de la representación es la presunción de que la voluntad del representante se corresponde con la de los representados en su conjunto y no solo con la de quienes le votaron, y la ruptura de esa relación destruye la naturaleza misma de la institución representativa y vulnera, en consecuencia, un derecho fundamental de todos y cada uno de los sujetos que son parte de ella. Y el derecho al sufragio pasivo pierde relieve también al existir una causa de inelegibilidad (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 45/1983).

OCTAVO.- También plantea la incompetencia de la Junta Electoral Central para declarar la inelegibilidad sobrevenida de la recurrente y sobre tal extremo hemos insistido en que la LOREG -como algunos ordenamientos autonómicos- prevén que las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad, lo que hace entrar en juego el efecto extrapenal de la sentencia condenatoria. Y hemos añadido, además, lo siguiente:

1º No hay necesidad de la intervención del Parlamento autonómico ni de que su Reglamento de funcionamiento prevea o no tal causa de pérdida de la condición de diputado. Ciertamente el Reglamento del Parlamento de Cataluña no incluye, en su artículo 24, la causa aquí examinada como causa de la pérdida de condición de parlamentario pero basta estar a lo establecido en la LOREG.

2º No estamos frente a una hipotética aplicación supletoria de las normas de funcionamiento de las Cortes Generales inviable en nuestro sistema constitucional (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 179/1989)

sino frente a unas normas de aplicación directa en las Comunidades Autónomas conforme a la disposición adicional primera, apartado segundo, de la LOREG. Caso de reproducir la normativa estatal, como hace la ley electoral vasca, comparte la Cámara autonómica tal competencia con la Administración electoral que la ostenta en razón de lo establecido en el art. 19.1 de la LOREG.

3º Conviene no olvidar que mientras las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad, no lo es a la inversa tal y como declaró la sentencia del Tribunal Constitucional 155/2014. De esta se deduce que cabe sustanciar ante la Cámara parlamentaria la inelegibilidad sobrevenida, pero no es una competencia exclusiva ya que, bien ante su inactividad o por cualquier otra razón, puede actuar la Administración electoral en aplicación directa de la LOREG, para dar efectividad a la prescripción legal examinada y así restablecer la composición del Parlamento expidiendo la credencial al candidato correspondiente de la lista en la que concurrió la recurrente.

NOVENO.- Se imponen las costas del incidente a la parte recurrente al desestimarse todas sus pretensiones (artículo 139.1 de la LJCA), y, al amparo de lo establecido en el apartado 4 del citado artículo 139, las limitamos, por todos los conceptos, a la cantidad máxima de 600 euros.

LA SALA ACUERDA:

No ha lugar a la medida cautelar de suspensión de la eficacia del Acuerdo de la Junta Electoral Central, de 3 de mayo de 2023, solicitada por la representación procesal de doña Laura Borràs i Castanyer.

En cuanto a las costas estése a los términos establecidos en el último razonamiento del presente auto.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.