

**T. S. J. EXTREMADURA SALA CON/AD
CACERES**

SENTENCIA: 00211/2021

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA, INTEGRADA POR LOS ILMOS. SRES. MAGISTRADOS DEL MARGEN, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, HA DICTADO LA SIGUIENTE:

SENTENCIA NUM. 211/2021

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE:

D. DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS:

D^a ELENA MÉNDEZ CANSECO

D. RAIMUNDO PRADO BERNABEU

D. CASIANO ROJAS POZO

D^a CARMEN BRAVO DÍAZ

En Cáceres a quince de noviembre de dos mil veintiuno.

Visto el recurso de **Apelación n° de Rollo 185/2021**, promovido por la Procuradora Sra. Tapia Jiménez en nombre y representación del **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALPARTIDA DE CÁCERES**, siendo parte Apelada **DON ANTONIO JIMÉNEZ MOSTAZO, DON ISMAEL PLANO CAMPON, DOÑA PETRA RUBIO PEÑA, DOÑA JOSEFA ACEDO CHAVES Y DON JOSÉ SELVA ANTONIO**, representados por la Procuradora D^a M^a Dolores Fernández Sanz, contra la sentencia n° 108/2021, de fecha 26/07/2021, dictada por el Juzgado n° 2 de Cáceres, en sus autos de PO 150/2020, sobre Administración Local.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 2 de Cáceres, se remitió a esta Sala Procedimiento Ordinario n° 150/2020, seguido a instancias de la

representación de Don Antonio Jiménez Mostazo, Don Ismael Plano Campón, Doña Petra Rubio Peña, Doña Josefa Acedo Chaves y Don José Selva Antonio, sobre Administración Local. Procedimiento que concluyó por Sentencia estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo del Juzgado de fecha 26/07/2021.

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes se interpuso recurso de apelación por el Ayuntamiento de Malpartida de Cáceres, dando traslado a la representación de la apelada, Don Antonio Jiménez Mostazo, Don Ismael Plano Campón, Doña Petra Rubio Peña, Doña Josefa Acedo Chaves y Don José Selva Antonio, oponiéndose al recurso de apelación interpuesto.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a la Sala se formó rollo de apelación, se tuvo personadas a las partes comparecientes, señalándose día para la votación y fallo del presente recurso, llevándose a efecto en el fijado.

CUARTO.- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.-

Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado **DON CASIANO ROJAS POZO**, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se somete a nuestra consideración en esta ocasión, por la vía del recurso de apelación, la sentencia nº 108/2021, de fecha 26/07/2021, dictada por el Juzgado nº 2 de Cáceres, en sus autos de PO 150/2020, que, en cuanto ahora interesa, anula el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Malpartida de Cáceres, de fecha 23/02/21, que desestimaba la solicitud del grupo municipal del PSOE de tomar conocimiento de la incompatibilidad del Concejal-Alcalde, Dº Alfredo Aguilera Alcántara, como consecuencia del inicio, en fecha 19/11/2020 (día que se dictó auto de suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta de 9 meses y un día), de la ejecución material de la pena privativa de libertad y la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, impuestas por sentencia del Juzgado de lo Penal 2 de Cáceres, por un delito de Violencia de género, de fecha 17/07/2019, posteriormente confirmada en apelación por la SAP de Cáceres de fecha 03 de febrero de 2020, rec. 1230/2019, sobre la base de la doctrina sentada en la STC de 20/05/1993, nº 166/1993, rec. 1564/1993.

La sentencia entiende que hasta que no se inicia el cumplimiento de la pena de libertad impuesta (englobamos en ella tanto la prisión de 9 meses y un día propiamente dicha como la de localización permanente), se desconocía el presupuesto de hecho, ex art. 6.2 de la LOREG, para la concurrencia de la incompatibilidad, a saber "el periodo de duración de la pena", siendo el momento en que queda incurso en causa de incompatibilidad cuando se empieza a cumplir. Y en el caso que nos ocupa, en que se dictó auto de suspensión de la pena de privación de libertad por el tribunal penal (en fecha 19/11/2020), es a partir de ese momento cuando entiende se empieza a cumplir la pena de privación de libertad, con apoyo en la doctrina sentada en la STC mencionada anteriormente. Y añade a ello la importante determinación de que, al estar suspendida la pena privativa de libertad de 9 meses y un día durante un periodo de dos años, éste es el plazo al que se debe extender la incompatibilidad, pues, a su juicio, "la suspensión no deja de ser una forma de cumplimiento", con apoyo en doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

La consecuencia de ello es la estimación del recurso respecto del Acuerdo del Pleno de fecha 23/02/21, pues entonces ya se estaba cumpliendo la pena de privación de libertad mediante la suspensión de su ejecución.

Frente a ella el recurso de apelación, además de insistir en la causa de inadmisibilidad alegada en la contestación a la demanda (el acuerdo del Pleno de 23/02/2021 es reproducción de la decisión adoptada por el Pleno de 27/02/2020 que tiene carácter firme y consentido), esgrime el error en la interpretación y aplicación de normativa y jurisprudencia aplicables, con vulneración de los derechos constitucionales reconocidos por los artículos 23 y 24 CE, sosteniendo que el Acuerdo es conforme a derecho al no encontrarse, en la fecha de su adopción y a los efectos del artículo 6.2 a) LOREG, cumpliendo la pena privativa de libertad a la que había sido condenado por encontrarse suspendido su cumplimiento, para lo cual realiza un extraordinario esfuerzo argumentativo (diferenciando entre condena y pena) cuestionando que la decisión judicial pueda sostenerse, en este caso, en la doctrina emanada de la STC nº 166/1993, de 20 de mayo, por carecer de idoneidad para elevarse como eslabón exclusivo que lleve a la automática aplicación del art 6.2 a) LOREG a la condena y situación procesal del condenado sin violentar, más allá de lo permisible, el ejercicio de los derechos constitucionales invocados, especialmente el de participación política, resaltando la inaceptable consecuencia que se deduce de la decisión judicial, esto es, que, a los efectos de la LOREG, se elevan en el tiempo, aumentando la limitación del

derecho fundamental a la participación política, los nueve meses de condena a los dos años a los que se condiciona la suspensión del cumplimiento de la pena.

La adversa se opone al recurso, considerando, después de rebatir cada uno de sus argumentos, que el juzgador a quo está aplicando la Ley con una exposición razonada de extraordinaria claridad y precisión, trayendo a colación la STS 1061/2021, de 20 de julio.

SEGUNDO.- Planteado el debate en estos términos, quizás convenga comenzar recordando las palabras del fundamento de derecho décimo de la STS (20/07/2021, rec. 8/2020), que nos trae a colación la parte actora al oponerse al recurso de apelación, cuando dice que: *"No se interpreta la norma penal, sino que se aplica una norma de la LOREG a un supuesto previsto con precisión en la misma, o sea, sí previsto legalmente, y lo hace con un fundamento constitucional distinto del que es específicamente propio del Derecho penal. No hay pues, identidad fáctica en el presupuesto de aplicación -ni vulneración del principio non bis in idem-, porque la sanción penal es consecuencia de la declaración de condena por el hecho delictivo, cuyo enjuiciamiento, incluida la prueba, en todos los aspectos objetivos y subjetivos determinantes de la responsabilidad penal, se ha de obtener a través de un proceso penal con todas las garantías en el que resuelve un órgano judicial penal, mientras que la aplicación de la regla de inelegibilidad electoral se anuda, de forma directa y exclusiva, al hecho puramente objetivo de que existe una sentencia condenatoria por determinados delitos"*.

En definitiva, no se puede resolver el debate trayendo a colación normas del ámbito penal, sino que debemos limitarnos a aplicar la regla de la inelegibilidad/incompatibilidad electoral que, en nuestro caso, es el artículo 6.2.a) LOREG (no puede seguir en el cargo el alcalde/concejal condenado por sentencia firme a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena).

Por ello, no podemos aceptar el planteamiento de la sentencia en dos aspectos esenciales, íntimamente relacionados. Por un lado, que el periodo de duración de la pena y, por tanto, el de duración de la incompatibilidad, se sabe desde el momento de la firmeza de la sentencia penal que la impone. En este caso el periodo que dura la pena y, por tanto, el periodo de incompatibilidad con el cargo de regidor/concejal es de 9 meses y un día (consideramos incluido en él la duración de la pena de localización). Por otro, que ese periodo no puede alterarse, ampliándolo hasta los dos años, en virtud de instituciones que son completamente ajenas a la LOREG, como es la suspensión de la condena, y que tienen finalidades muy

diferentes. Así lo impone la afectación que esa ampliación supone al derecho fundamental a la participación política, ex artículo 23 CE y artículo 6 del Estatuto de Autonomía de Extremadura.

En efecto, la incompatibilidad es por un período de 9 meses y un día, con independencia de que el juez penal suspenda o no la ejecución de la pena privativa de libertad en aplicación de la finalidad de esta institución (evitar los riesgos que para el delincuente primario se pueden derivar de su ingreso en prisión), que nada tiene que ver con la finalidad de la incompatibilidad que crea la LOREG (el reproche social que conlleva una condena penal y que impide que el regidor/concejal siga en su cargo durante el periodo impuesto de privación de libertad). Este argumentario nos sirve para rechazar el planteamiento base del recurso de apelación.

TERCERO.- El problema se traslada, a nuestro juicio, a la determinación de cuándo comienza el cómputo de este período de nueve meses y un día. Caben varias posibilidades:

a) Comienza a contar, de forma automática, desde la firmeza de la sentencia penal (en este caso por auto se declaró con fecha 04/09/2020, corregido luego por auto de fecha 15/09/2020), tesis que parece sostener la STS, Contencioso sección 7 del 03 de marzo de 2003, rec. 511/2000 en la que puede leerse que: *"Desde el momento de la firmeza de la sentencia devino incompatible con el ejercicio del cargo de concejal, por preceptiva aplicación del artículo 178.1 de la LOREG"*. Es la tesis de la demanda, que parece cuenta con apoyo en abundante doctrina del Tribunal Constitucional, así como de la Junta Electoral Central.

b) Comienza a contar desde que tiene lugar el comienzo del cumplimiento de la condena, que es la tesis de la STS, Contencioso sección 4 del 18 de marzo de 2021, rec. 401/2019: *"Por tanto, la efectividad de la inelegibilidad tiene lugar desde el comienzo del cumplimiento de la condena (...)"*.

c) Comienza a contar, en los casos de suspensión de ejecución de la pena de privación de libertad, desde el dictado del auto que la acuerda, conforme a la doctrina del TS, citada en la sentencia apelada, que establece que la suspensión no deja de ser una forma de cumplimiento. Esta es la tesis de la sentencia.

d) Entender que, en casos como el que nos ocupa, de suspensión de la ejecutividad de la pena privativa de libertad impuesta, no existe incompatibilidad, tesis que es la que sostiene el recurso de apelación y que ya hemos rechazado con base en la consideración de que *"la aplicación de la regla de*

inelegibilidad electoral se anuda, de forma directa y exclusiva, al hecho puramente objetivo de que existe una sentencia condenatoria por determinados delitos" (STS 20/07/2021, rec. 8/2020).

Pues bien, para nosotros, la fecha a tomar en consideración es la del comienzo de cumplimiento efectivo de la condena mediante el ingreso en prisión o, en el caso de que se suspenda la pena, el auto que así lo acuerda, como forma sustitutiva de ejecución. Y ello pese a que el reproche social que supone la condena penal de privación de libertad de un alcalde/concejal, con una indudable carga infamante, determinaría, seguramente, la necesidad de que comience la incompatibilidad para ejercer el cargo inmediatamente, y de modo automático, desde la firmeza de la sentencia penal que la impone. Podría decirse, en frase contundente, que la LOREG quiere que el regidor/concejal condenado a pena privativa de libertad no siga en su puesto ni un solo minuto desde la firmeza de la sentencia penal.

Ahora bien, tomar como fecha de referencia la de la firmeza de la sentencia puede conllevar el efecto distorsionador de que, por los avatares del procedimiento penal, cuando diera comienzo el cumplimiento efectivo, mediante el ingreso en prisión (en casos de no suspensión de la ejecución), ya hubiera transcurrido el periodo de incompatibilidad electoral. Y no parece razonable que se pueda ser alcalde/concejal desde la cárcel.

No obstante, en el caso que nos ocupa ambas fechas (firmeza de la sentencia y auto de suspensión) llevan a la misma conclusión: El Acuerdo cuestionado es contrario a Derecho, pues el 23/02/21 el regidor/concejal estaba incurso en causa de incompatibilidad.

CUARTO.- Llegados hasta aquí, solamente resaltar lo ya expuesto, que desde la fecha que tomamos en consideración (19/11/2020) ha de comenzar a computarse el plazo de 9 meses y un día, que es el periodo que dura la pena y, por tanto, la situación de incompatibilidad.

Si hemos llegado hasta aquí es porque suscribimos los argumentos de la sentencia respecto de la causa de inadmisibilidad planteada, pues es evidente que los presupuestos fácticos de los que se partía para la adopción del Acuerdo del Pleno de febrero de 2020 eran totalmente distintos de los presupuestos de hecho disponibles en la sesión del Pleno de 9 de octubre de 2020 al igual que en el Plano de 23/02/2021.

Ello determina la desestimación del recurso de apelación.

QUINTO.- En cuanto a las costas de la apelación la Sala entiende que no procede imponerlas, pese a rechazar el recurso, dadas las particularidades del caso, que hace que en modo alguno el recurso pudiera considerarse como carente de justificación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y en nombre de su MAJESTAD EL REY

F A L L A M O S :

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D^a BEGOÑA TAPIA JIMÉNEZ, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE MALPARTIDA DE CÁCERES, con la asistencia letrada de D^o MANUEL BEATO VÍBORA, contra la sentencia n^o 108/2021, de fecha 26/07/2021, dictada por el Juzgado n^o 2 de Cáceres, en sus autos de PO 150/2020, que CONFIRMAMOS. Sin costas.

Contra la presente sentencia sólo cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El recurso de casación se preparará ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura en el plazo de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.

La presente sentencia sólo será recurrible ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

El escrito de preparación deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 88 y 89 LJCA y en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, según la reforma efectuada por LO 1/2009, de 3 de noviembre, deberá consignarse el depósito de 50 euros para recurrir en casación. Si no se consigna dicho depósito el recurso no se admitirá a trámite.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio, junto con el expediente administrativo, al juzgado que dictó la resolución impugnada, que deberá



acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó. Doy fe.